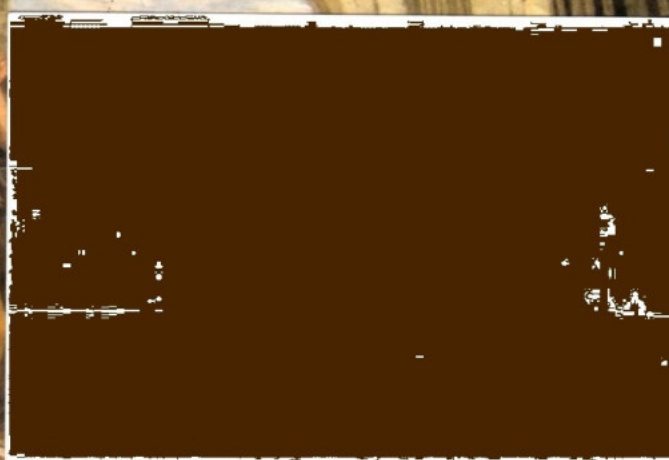
TEORÍA DEL DERECHO



Ana María Marcos Del Cano
Narciso Martínez Morán
(Coordinadores)

Josu Cristóbal de Gregorio
Benito de Castro Cid
María Eugenia Gayo Santa Cecilia
Mercedes Gómez Adanero
Rafael Junquera de Estéfani

UNED

EDITORIAL UNIVERSITAS, S.A.

ANA MARÍA MARCOS DEL CANO
NARCISO MARTÍNEZ MORÁN
(COORDINADORES)

TEORÍA DEL DERECHO

Autores:
JOSU CRISTÓBAL DE GREGORIO
BENITO DE CASTRO CID
MARÍA EUGENIA GAYO SANTA CECILIA
MERCEDES GÓMEZ ADANERO
RAFAEL JUNQUERA DE ESTÉFANI
ANA MARÍA MARCOS DEL CANO
NARCISO MARTÍNEZ MORÁN

Índice

PRESENTACIÓN DEL MANUAL 17

UNIDAD DIDÁCTICA I
EL DERECHO COMO NORMA DE CONDUCTA

Objetivo general de la Unidad Didáctica I 31

TEMA 1. NORMAS REGULADORAS DE LA CONDUCTA HUMANA 33
Sumario, objetivos y resumen 33
I. *Conceptos de Norma* 34
II. *El Hombre como Individuo: las Normas Morales* 35
III. *La Dimensión Social de la Vida Humana* 38
1. Reglas de Trato Social (Usos Sociales) 40
1.1. El arraigo de las Reglas de Trato Social en los comportamientos sociales 40
1.2. Caracteres de las Reglas de Trato Social 41
2. Las Normas Jurídicas 42
2.1. La presencia de la normatividad jurídica en la vida social 42
2.2. Caracteres de las Normas Jurídicas 43
IV. *Criterios de distinción entre Normas Morales, Reglas de Trato Social y Normas Jurídicas* 44
Referencias bibliográficas 48
Ejercicios de autoevaluación 48

TEMA 2. CARÁCTER PLURIDIMENSIONAL DEL DERECHO 49
Sumario, objetivos y resumen 49
I. *Concepto de Derecho* 50

1. La presencia del Derecho en la vida social 51
2. Sentimiento de lo jurídico 51
3. Caracteres del término Derecho 52
3.1. Ambigüedad del término Derecho 52
3.2. Vaguedad del término Derecho 53
3.3. Emotivismo del término Derecho 54
II. *Principales conceptos de Derecho. Iusnaturalismo y Positivismo jurídico* 54
1. El Iusnaturalismo 55
2. El Positivismo jurídico 55
3. Conceptos renovadores del iusnaturalismo y el positivismo jurídico en la actualidad 56
III. *Las dimensiones del fenómeno jurídico. La Teoría Tridimensional de Derecho* 57
1. Dimensión normativa (validez) 58
2. Dimensión fáctica (eficacia) 58
3. Dimensión valorativa (justicia) 59
4. Unidad de todas las dimensiones del Derecho 59
IV. *Derecho objetivo y derecho subjetivo: concepto y relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo* 59
V. *Derecho público y derecho privado* 60
Referencias bibliográficas 61
Ejercicios de autoevaluación 61

TEMA 3. EL DERECHO OBJETIVO 63
Sumario, objetivos y resumen 63
I. *Las fuentes* 65
1. Las fuentes materiales 65
1.1. Sujetos sociales que tienen capacidad de crear Derecho 66
1.2. Protagonismo que corresponde a los distintos sujetos dotados de capacidad creadora 66
2. Fuentes formales 67
2.1. Las principales formas de manifestación de la normatividad jurídica 68
2.2. Jerarquía de las «fuentes formales» 68
II. *Los caracteres* 69
1. Exterioridad y alteridad 70
1.1. La exterioridad 70
1.2. La alteridad 71
2. Validez y eficacia 71
2.1. La validez 72
2.2. La eficacia 72

3. Legalidad y legitimidad 73
3.1. La legalidad 73
3.2. La legitimidad 74
4. Vinculatoriedad y coercibilidad 74
4.1. La vinculatoriedad 74
4.2. La coercibilidad 76
Referencias bibliográficas 77
Ejercicios de autoevaluación 77

TEMA 4. DERECHO SUBJETIVO Y DEBER JURÍDICO 79
Sumario, objetivos y resumen 79
I. *El derecho subjetivo* 80
1. Elementos y contenido 80
1.1. Definición de derecho subjetivo 81
1.2. Contenido del derecho subjetivo 82
1.2.1. El ejercicio del derecho 82
1.2.2. La pretensión o defensa 82
2. Diferentes tipos de derechos subjetivos 83
2.1. Tipos de derecho subjetivo en relación con el sujeto pasivo 83
2.2. Tipos de derecho subjetivo en relación con las facultades que otorga al titular 83
2.3. Tipos de derecho subjetivo en relación con el ámbito de su ejercicio 83
2.4. Tipos de derecho subjetivo con relación a los bienes o valores que protege 84
II. *El deber jurídico* 84
1. Caracterización, fundamento y contenido 84
III. *Relación del deber jurídico con el derecho subjetivo* 86
Referencias bibliográficas 88
Ejercicios de autoevaluación 88

TEMA 5. LA EFICACIA SOCIAL DEL DERECHO 89
Sumario, objetivos y resumen 89
I. *Relaciones entre Derecho y sociedad* 90
1. La influencia del Derecho sobre la realidad social 91
2. La influencia de los factores sociales en la creación y aplicación del Derecho 92
II. *Principales funciones del Derecho* 93
1. La función de orientación y de organización 94
2. La función de integración y de control 95

3. La función de pacificación y resolución de conflictos 96
4. La función de limitación y legitimación de los poderes sociales 97
5. La función promocional de la justicia y del bienestar de los ciudadanos 97
Referencias bibliográficas 99
Ejercicios de autoevaluación 99

UNIDAD DIDÁCTICA II
LA NORMA JURÍDICA Y SISTEMA NORMATIVO

Objetivo general de la Unidad Didáctica II 101

TEMA 6. TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA 103
Sumario, objetivos y resumen 103
I. *Naturaleza de la norma jurídica: Concepto y caracteres* 104
1. Las diferentes teorías acerca de la naturaleza de las normas jurídicas 105
2. La Estructura de las normas jurídicas 108
II. *La Estructura de las normas jurídicas* 110
1. El supuesto jurídico 111
2. El *deber-ser* 112
3. La consecuencia Jurídica. 113
III. *Pluralidad (diversidad) de las normas jurídicas* 114
1. Clasificación de las normas jurídicas 115
Referencias bibliográficas 117
Ejercicios de autoevaluación 117

TEMA 7. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO 119
Sumario, objetivos y resumen 119
I. *Concepto de Ordenamiento Jurídico: Unidad funcional de las normas jurídicas* 121
II. *Principios básicos del Ordenamiento Jurídico* 122
1. La Unidad del ordenamiento jurídico 122
2. La Plenitud del ordenamiento jurídico: el problema de las lagunas jurídicas 125
2.1. Las vías de superación de las lagunas jurídicas 127
3. La Coherencia del ordenamiento jurídico 128
3.1. Los principales criterios de solución de las contradicciones entre normas 129
Referencias bibliográficas 132
Ejercicios de autoevaluación 132

TEMA 8. LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO 133
Sumario, objetivos y resumen 133
I. *Concepto y tipos de aplicación del Derecho* 134
1. Los procesos de aplicación jurídica 134
2. Tipos de aplicación jurídica 137
II. *La interpretación jurídica* 138
1. Concepto de interpretación jurídica 138
2. El objetivo de la interpretación, las normas y los hechos 140
3. Diferentes métodos interpretativos 141
4. Tipos de interpretación 142
III. *La argumentación jurídica* 143
1. Del paradigma positivista al paradigma constitucional 144
2. Concepto de argumentación jurídica 147
Referencias bibliográficas 149
Ejercicios de autoevaluación 149

TEMA 9. CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES 151
Sumario, objetivos y resumen 151
0. *Introducción* 152
I. *Persona y personalidad jurídica* 152
1. Clases de personas jurídicas 153
2. Manifestaciones de la personalidad jurídica: capacidad jurídica y capacidad de obrar 154
II. *Hechos y actos jurídicos* 155
III. *La relación jurídica* 156
IV. *La situación jurídica* 157
V. *La sanción jurídica* 158
1. El concepto general de sanción 158
2. Tipos de sanciones jurídicas 159
3. La sanción en la teoría normativa 161
VI. *La institución jurídica* 162
Referencias bibliográficas 164
Ejercicios de autoevaluación 164

UNIDAD DIDÁCTICA III
LA LEGITIMACIÓN ÉTICA DEL DERECHO

Objetivo general de la Unidad Didáctica III 165
TEMA 10. LOS VALORES JURÍDICOS. JUSTICIA Y DERECHO 167
Sumario, objetivos y resumen 167

I. *Los valores Jurídicos: Paz Social, Bien común, Seguridad Jurídica, Dignidad, Libertad, Igualdad* 169
1. Valores Jurídicos Colectivos 169
2. Valores Jurídicos Individuales 171
II. Justicia y Derecho: la Justicia como Valor Fundamental del Derecho 173
1. Valor jurídico fundamental: La Justicia 173
2. La justificación ética del Derecho. El problema del Derecho Justo 174
3. La Justicia en la Organización Social 176
III. El Contenido de la Justicia: Derecho Justo y Derechos Humanos 179
1. ¿Qué es la Justicia? 179
2. Derecho Justo y Derechos Humanos 180
Referencias bibliográficas 182
Ejercicios de autoevaluación 182

TEMA 11. LOS DERECHOS HUMANOS: CONCEPTO Y FUNDAMENTACIÓN 183
Sumario, objetivos y resumen 183
I. *De los Privilegios a los Derechos Humanos* 184
II. *Aproximación al concepto de Derechos Humanos* 188
III. *Caracteres de los Derechos Humanos* 190
IV. *Las Fundamentaciones de los Derechos Humanos* 194
1. Fundamentación Iusnaturalista 194
2. Fundamentación Positivista 195
3. Fundamentación Axiológica 196
Referencias bibliográficas 197
Ejercicios de autoevaluación 197

TEMA 12. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES 199
Sumario, objetivos y resumen 199
I. *Las generaciones de los Derechos Humanos* 200
1. Derechos de primera generación: Los derechos de la libertad 200
2. Derechos de segunda generación: Los derechos de igualdad (económicos, sociales y culturales) 204
3. Derechos de tercera generación: Los derechos de la solidaridad 205
II. *La recepción de los Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos: los Derechos Fundamentales y el Estado de Derecho* 207
1. «Derechos Humanos» y «Derechos Fundamentales» 207
2. La recepción de los Derechos Humanos en los Ordenamientos Jurídicos 208
3. Los Derechos Fundamentales y el Estado de Derecho 210
III. *Ejercicio y Protección de los Derechos Humanos* 212
1. Garantías nacionales 213
2. Garantías internacionales 214

2.2. Teoría del conocimiento jurídico 253
2.3. Axiología Jurídica 253
Referencias bibliográficas 255
Ejercicios de autoevaluación 255

PRESENTACIÓN DEL MANUAL

Presentación del manual

1º) Introducción: A nadie se le oculta que los estudios de Derecho están presentes en la cultura secular de Occidente e incardinados en las enseñanzas universitarias desde el momento mismo en que fueron creadas las Universidades. Estos estudios han sufrido, a lo largo de su trayectoria, múltiples modificaciones y se han ofrecido con formas pedagógicas diferentes, adaptándose a las necesidades científicas y sociales de cada momento.

Con la entrada en vigor en 1999 del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), el panorama universitario español, y el de los países europeos adscritos al mismo, ha cambiado considerablemente, al introducir modificaciones importantes, tanto en la estructura y configuración de los Títulos académicos como en la metodología pedagógica de la enseñanza.

En efecto, el llamado Plan Bolonia propició, por un lado, un nuevo diseño de los Títulos, los cuales deberán reflejar otros elementos que no sean la mera descripción de los contenidos formativos, tales como justificación, objetivos, admisión de estudiantes, contenidos, planificación, recursos, resultados previstos y sistemas de garantía de calidad; y, por otro, impulsó un cambio en la metodología docente, que centra el objetivo en el proceso de aprendizaje del estudiante.

La Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) no ha sido ajena a dichos cambios a los que se han añadido otros debido a las peculiaridades y dificultades propias que conlleva la metodología de enseñanza a distancia.

De acuerdo con tales criterios un grupo de profesores del Departamento de Filosofía Jurídica de la UNED ofrecemos hoy un manual de la asignatura Teoría del Derecho correspondiente al Grado de Derecho y ubicada en el primer curso del mismo, adaptado a los criterios exigidos por el EEES.

En las páginas que siguen a esta introducción queremos presentar la asignatura de Teoría del Derecho. Intentaremos, en primer lugar, clarificar su significado, contenido y ubicación dentro del plan de estudios del Grado de Derecho. Al mismo tiempo, presentaremos el manual para preparar el programa de la misma y aportaremos algu-

nas orientaciones para facilitar al estudiante la tarea de su comprensión y aprendizaje especialmente para aquellos que pueden encontrar dificultades específicas como son los estudiantes de la Universidad a Distancia.

2º) La Teoría del Derecho (concepto, contenidos, objetivos y destinatarios): Tal como nosotros la entendemos constituye un capítulo importante de la Filosofía del Derecho. Está integrada por aquel sector de la reflexión filosófico-jurídica que se ocupa de responder a la pregunta central acerca de la estructura óntico-existencial (modo de ser, naturaleza) del Derecho, así como de dar respuesta a las cuestiones directamente implicadas en la pregunta *¿Qué es el Derecho?*

Por ello, la tarea que corresponde a la *Teoría del Derecho* (denominada por muchos también *Teoría Fundamental del Derecho*) será la de realizar un análisis racional orientado al descubrimiento del modo de ser de la normatividad jurídica, de su función constitutiva y de sus caracteres estructurales y a la formulación de una definición esencial del Derecho y de los conceptos jurídicos fundamentales. En efecto, casi todos coinciden en que la ocupación central y primera que se asigna a esta parcela de la Filosofía del Derecho, -sea bajo una u otra etiqueta o denominación-, consiste en establecer *«lo que es el Derecho»*.

Pretendemos, por tanto, averiguar en qué consiste el Derecho para poder definirlo. Por consiguiente, una vez delimitados con claridad los contornos y caracteres que presenta el fenómeno jurídico, la *«Teoría del Derecho»* tiene una segunda misión importante, la de formular una noción o concepto del Derecho en el que queden reflejados sus caracteres estructurales.

Porque en la noción del Derecho han de quedar reflejadas sus notas distintivas, sus caracteres o estructuras que lo diferencien y delimiten y, a su vez, muestren sus relaciones con otras entidades normativas o sociales próximas, tales como las normas morales, las reglas de trato o uso social, la religión, la economía, la política, el poder, el Estado..., pues todas estas realidades conviven con el Derecho apoyando su devenir y contribuyendo a su desarrollo en algunas ocasiones, coartando su dinamismo y eficacia en otras, pero, en todo caso, condicionándolo siempre. Por ello, para comprender lo que es el Derecho, debe quedar perfectamente delimitado de todas aquellas realidades que, como el Derecho, presentan una estructura normativa y le son afines.

Pero el estudio del ser del Derecho y la noción que buscamos es una definición de carácter universal y omnicomprensiva, fruto de una visión totalizadora del sentido del Derecho en el mundo, en la realidad humana y social. Pretendemos elaborar un concepto universal, permanente (atemporal y ahistórico) y estable del Derecho. Esta tarea debe llevarse a cabo desde la Filosofía del Derecho, pues sólo desde ella puede accederse a un concepto de Derecho de estas características. La Ciencia del Derecho (las ciencias particulares sobre el Derecho) es incapaz de responder adecuadamente a este interrogante sobre *qué es el Derecho*, porque el análisis que ellas realizan se

refiere únicamente a los derechos concretos, históricamente dados, y, por tanto, sólo pueden ofrecernos una visión parcial de la realidad jurídica.

Mas para definir una realidad es tarea imprescindible conocer todos los elementos que la configuran, todos los perfiles, todos los caracteres que integran la realidad que se quiere definir. Por esta razón entendemos que la *Teoría del Derecho* ha de llevar a cabo también una definición acerca de las categorías jurídicas básicas o conceptos jurídicos fundamentales, así como el estudio de las propiedades y caracteres que se manifiestan como elementos determinantes de cualquier realidad jurídica, procurando distinguir entre aquellos que aparecen ligados de forma necesaria a la noción de Derecho como normatividad social específica y aquellos otros que sólo poseen un valor contingente, ligado a circunstancias histórico-sociales y culturales.

Por tanto, la *Teoría del Derecho*, si quiere ser rigurosa, debe abordar el problema de la norma jurídica, la validez y eficacia, la vinculatoriedad, coacción, coercibilidad, deber jurídico, obligación, sanción, sujeto de del Derecho, derecho subjetivo, persona jurídica.... Y debe afrontar los problemas relativos a la génesis del derecho, creación y desaparición, fuentes, interpretación y aplicación del Derecho, el contenido de la regulación jurídica (hechos y actos jurídicos), etc.

También le corresponde elaborar el conocimiento de la estructura, características y clases de normas jurídicas, así como las relaciones entre las mismas y, desde la perspectiva global del ordenamiento jurídico debe abordar el estudio de su formación, de su composición, de sus caracteres (unidad, coherencia, plenitud...), etc. El funcionamiento del propio sistema normativo u ordenamiento jurídico es también tarea de la Teoría del Derecho, en cuanto que ese sistema posee un núcleo estructural y dinámico, objetivo y estable.

Pero el estudio de estas últimas cuestiones o bloques de problemas temáticos no debe llevarnos a la confusión entre la *Teoría Fundamental del Derecho* que, como estamos viendo, es una reflexión de carácter filosófico y aborda los problemas desde una perspectiva filosófica y universal y la *Teoría General del Derecho*, cuya actividad pertenece al ámbito de las Ciencias Jurídicas particulares tal como se deduce y se explica más ampliamente en la lección 14 de esta misma obra.

Aunque, con relativa frecuencia se ha negado a la *Teoría del Derecho* su genuino carácter filosófico, nosotros partimos de la hipótesis de la diferencia entre *Teoría General del Derecho* (de carácter estrictamente científico) y una *Teoría del Derecho*, como la que presentamos en este manual, entendiendo que ésta constituye uno de los grandes apartados o capítulos de la investigación filosófico-jurídica.

Ubicación en el plan de estudios y destinatarios: Por consiguiente la *Teoría del Derecho* debe proporcionar a los estudiantes, que se asoman por primera vez al ámbito de lo jurídico, los conocimientos mínimos que les sean útiles y sirvan de soporte para la comprensión del resto de los contenidos planteados en otras asignaturas a lo largo de los estudios del Grado de Derecho.

Por su carácter introductorio y por los contenidos que la integran la Teoría del Derecho va destinada a los alumnos que se inician en el estudio del Derecho y por esta razón debe ubicarse al inicio de los estudios que integran el Grado de Derecho, es decir en el primer curso.

No olvidemos que la *Teoría del Derecho* es la llave que abre la puerta al conocimiento del amplio mundo del Derecho. Por ello los conocimientos adquiridos en la *Teoría del derecho* son la base y fundamento para la compresión de los contenidos del resto de las disciplinas académicas que los estudiantes de Derecho deben afrontar en el futuro.

3º) Presentación del manual: Autores, destinatarios, objetivos, y estructura: Todos los autores del manual, que ahora presentamos, somos o hemos sido miembros del equipo docente del Departamento de Filosofía Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNED. Y, con la experiencia acumulada en los muchos años de docencia en esta Universidad, todos hemos pretendido poner a disposición de nuestros estudiantes, no solo nuestros conocimientos materiales, sino también nuestra experiencia metodológica, construyendo un manual que sea asequible y que facilite tanto la comprensión de sus contenidos como la metodología de estudio y aprendizaje.

Somos conscientes de la soledad en que, con frecuencia, se encuentran los estudiantes de una universidad con metodología a distancia, sin clases presenciales y, por tanto, en la mayoría de los casos, sin contacto directo e inmediato con los docentes. Por ello hemos querido que el manual contenga los instrumentos precisos y necesarios para suplir esa ausencia de relación directa con los profesores. Pero también somos conocedores de que nuestros estudiantes disponen, además, de la posibilidad de acceder al curso virtual de esta asignatura a través de la plataforma (de ahí que ambos instrumentos, manual y plataforma, sean complementarios), además claro está de las Tutorías que de forma presencial se imparten en los Centros Asociados de la UNED por los Profesores Tutores. Estamos convencidos de que todos estos medios docentes presenciales y virtuales constituirán un alivio para los estudiantes y les amenizará, sin duda, la soledad del estudio.

Destinatarios del manual: No cabe duda de que la intencionalidad primera es proporcionar ayuda a quienes más lo necesitan, a los estudiantes de la UNED, para suministrarle respuestas precisas a todas las cuestiones planteadas en el programa, evitando pérdidas de tiempo innecesarias en la búsqueda de las mismas. Y por ello deseamos y confiamos que este manual le sea útil, acercándole al sentido y la metodología de la Universidad a Distancia, y le haga sentir la compañía de los profesores que hemos redactado el manual pensando, desde la distancia, en nuestros estudiantes de Derecho de la UNED.

Sin embargo no terminan aquí nuestras intenciones. Hemos pretendido además que esta obra sea útil para cualquier lector que se asome a las cuestiones aquí plan-

teadas, y a los estudiantes de cualquier universidad, pues nuestra intención no ha sido elaborar un texto en exclusiva para estudiantes de la UNED, puesto que, al tratar de facilitar esta ayuda a nuestros alumnos, lo estamos haciendo también para cualquier estudiante o lector. Por ello no perdemos de vista el hecho de que este manual puede resultar también de gran utilidad a los estudiantes de otras universidades presenciales y lectores a quienes interese iniciarse en el conocimiento del Derecho.

El Programa: Para que los estudiantes puedan encontrar respuestas a las cuestiones más importantes planteadas por la *Teoría del Derecho*, lo primero que se ha planteado el equipo docente es elaborar un *programa* coherente, básico y elemental que comprenda las cuestiones esenciales que deben abordarse en un primer curso del Grado de Derecho. Y, en segundo lugar, elaborar un manual asequible, que responda con sencillez y en el que nuestros estudiantes encuentren la respuesta y explicación a todas las cuestiones e interrogantes planteadas en el programa. Pues bien, el manual que presentamos responde a esas inquietudes y a los contenidos mínimos de la *Teoría Fundamental del Derecho.*

A los profesores que participamos en la elaboración de este libro, todo cuanto venimos exponiendo, nos ha exigido un esfuerzo para adaptarnos a la nueva situación exigida por imperativos del acuerdo europeo y por la adaptación de los cambios para que de ellos puedan beneficiarse nuestros alumnos de la UNED. Como fruto de ese esfuerzo continuo por facilitar la tarea a nuestros estudiantes ha nacido este manual más básico, más breve y sencillo en su composición y comprensión y que consideramos suficiente para que los alumnos, que se acercan por primera vez a los estudios jurídicos, puedan adquirir los conocimientos indispensables de carácter introductorio, que les aporten los conocimientos necesarios para comprender los contenidos del resto de las disciplinas jurídicas que integran el *curriculum* académico del Grado de Derecho.

Estructura del programa. En los epígrafes del programa elaborado se abordan las principales cuestiones que en la actualidad tiene planteada la *Teoría del Derecho*: que es el derecho, para qué sirve el derecho, cuál es su papel en la sociedad, cómo se estructura, cómo se presenta, cuáles son sus valores y cuáles sus ámbitos de estudio. A todas ellas se dan respuesta en el manual que presentamos.

Sin duda, podríamos haber realizado un estudio más amplio y complejo, sin embargo hemos optado por presentar todo el temario en catorce temas organizados en torno a cinco grupos temáticos que constituyen las Unidades Didácticas que, en su conjunto aportan una buena *introducción* a la Teoría del Derecho.

En la *unidad didáctica I*, la más extensa de todas, que comprende cinco temas, se afronta *el estudio del Derecho como norma de conducta*. En el tema 1 se pone de manifiesto que las conductas del ser humano, tanto como individuo como en su faceta social, se regulan por normas. Y se estudian los diferentes códigos normativos con

sus semejanzas y diferencias. Y, siendo el Derecho uno de los códigos reguladores de la conducta humana, dedicamos el tema 2 a la búsqueda del concepto de Derecho en sus diversas manifestaciones. El estudio de las diferentes manifestaciones del Derecho y los caracteres del mismo se completa en el tema 3 en el que se aborda el Derecho objetivo, sus fuentes y sus caracteres y en el tema 4 con el estudio del derecho subjetivo y el deber jurídico. Termina esta primera unidad didáctica con el análisis de las funciones que desempeña el Derecho en la sociedad, en el tema 5.

Se analiza, en *la unidad didáctica II, la norma jurídica y sistema normativo.* Esta Unidad Didáctica II está integrada por cuatro temas. En el tema 6 profundiza en la naturaleza, estructura y la pluralidad de la norma jurídica. En el tema 7 aborda el estudio del Derecho como sistema u ordenamiento jurídico y los principios que lo caracterizan, como unidad, coherencia y plenitud. En el tema 8 analiza la problemática teórica y práctica de lo que supone en el Derecho la cuestión de su interpretación y aplicación. Para finalizar esta *unidad didáctica II,* se abordará en el tema 9, el análisis de algunos conceptos jurídicos fundamentales, tales como persona jurídica, hechos y actos jurídicos, la relación jurídica, la situación jurídica, la sanción jurídica y la institución jurídica.

La unidad didáctica III se entra en el estudio de *la legitimación ética del Derecho,* dedicando el tema 10 a los valores jurídicos tales como seguridad jurídica, libertad, igualdad, dignidad, bien común y dedicando especial atención al valor primordial del Derecho que es la justicia. Los temas 11 y 12 se centran en el estudio de los Derechos humanos y los Derechos Fundamentales: su génesis, concepto y caracteres, su fundamentación y positivación, así como su ejercicio y garantías en el Estado de Derecho.

La Unidad didáctica IV: Deontología de las profesiones jurídicas. Esta unidad didáctica contiene un solo tema, el 13, en el que, de manera testimonial y sintética, se contempla la gran preocupación actual referida a la moralidad del ejercicio de la profesión de quienes, al terminar sus estudios, ejercen, en cualquiera de sus ámbitos, alguna profesión relacionada con el Derecho. Entendemos que la Deontología Profesional debería constituir, por sí sola, una disciplina dentro del curriculum académico de los Grados de Derecho. Pero, dado que en el Grado de Derecho de la UNED no existe tal disciplina, entendemos que la Teoría del Derecho debe, al menos, dar noticia y unos conocimientos mínimos de la Deontología Profesional. Y, aunque sea someramente, en un solo tema, analizamos los conceptos de Ética Profesional y Deontología así como la importancia de la codificación y la obligatoriedad de las normas deontológicas.

Finalmente la *unidad didáctica V: La teoría del conocimiento jurídico,* constituida por un solo tema, el 14, se dedica a la exposición de los estudios acerca del *conocimiento jurídico,* exponiendo los diversos campos de análisis sobre el derecho y diferenciando entre los estudios y disciplinas científicas sobre el Derecho, diferenciando entre los saberes científicos sobre el derecho y la reflexión filosófica del mismo.

El manual. Estructura y objetivos: La estructura del manual se corresponde exactamente con la del programa. Y hemos comenzado el libro con una *Presentación* en la que realizamos una breve presentación muy general de la asignatura *Teoría del Derecho* y del propio manual, a través del cual se han ido exponiendo los contenidos del programa. Al mismo tiempo hemos querido aportar unas orientaciones prácticas para abordar, de forma eficaz, el estudio de los contenidos del programa de manera razonable, comprensible y asequible.

En los temas comprendidos en las unidades didácticas del manual se encuentra el desarrollo de todas las cuestiones contempladas en el programa. Cada tema ha sido redactado por un mismo autor otorgándole una unanimidad de estilo sobre el contenido de la misma. Ha sido intención del equipo docente que la unidad temática se haya mantenido vinculada a un mismo autor y a una misma manera de entender las cuestiones planteadas en cada tema.

Y, puesto que la obra ha sido elaborada por varios autores, aunque a veces pueda parecer que hay discrepancias en la interpretación o formulación de algunos conceptos, no se trata de contradicciones sino de complementariedad, que enriquece la visión diferente de algunas cuestiones, pues no cabe duda de que, en ocasiones, hay temas que pueden interpretarse y entenderse de manera diferente, o presentarse desde perspectivas diversas.

No cabe duda de que el hecho de ser varios los autores nos ha obligado a realizar un esfuerzo para mantener la coherencia en la exposición de los temas, sin que ello haya disminuido la libertad de pensamiento y de enfoque diferente de algunas cuestiones que enriquecen el conocimiento y la visión de los problemas, al ser contemplados desde diferentes perspectivas.

Nuestro objetivo último ha sido y es que la lectura de esta obra sirva para adentrarse en el arduo camino de la reflexión filosófica sobre el Derecho y facilite el estudio de la *Teoría del Derecho* entendida desde este enfoque. Este es el deseo del equipo de profesores que ha redactado este manual.

4º) Cómo preparar la asignatura: Aunque, desde la perspectiva de los profesores el objetivo fundamental que se persigue en la enseñanza, y, por ende, en el propio manual, es el saber, el conocimiento, no podemos olvidar que desde la perspectiva del estudiante el objetivo es doble: por una parte el de adquirir conocimientos y el segundo aprobar las asignaturas que le conducen a la obtención del Grado de Derecho, como paso previo para la habilitación del ejercicio de la profesión. El primero es el objetivo más importante por lo que respecta al conocimiento y la formación personal; el segundo es el más urgente en cuanto a la necesidad vital. Por ello este segundo objetivo es el que más preocupa a los estudiantes.

Ambos objetivos han estado presentes y han constituido por igual la preocupación de los autores de este manual. Por esta razón, al redactar este apartado, nuestra única preocupación es ofrecer las claves, las bases y las orientaciones necesarias para que

tanto la problemática de la *Teoría del Derecho* sea suficientemente comprensible, como el propio texto que les ofrecemos sea inteligible y asequible en su lectura y contribuya, desde el punto de vista pedagógico, a la preparación y estudio del programa correspondiente. ¿Cuáles son esas claves? He aquí algunas de ellas.

El manual como instrumento para el estudio: Como venimos exponiendo el objetivo principal de este manual es ayudar al estudiante, matriculado en la asignatura de *Teoría del Derecho,* a preparar los temas del programa, aportándole los conocimientos suficientes para superar los exámenes que le permitan obtener el aprobado de la asignatura.

A tal efecto, para facilitar su estudio, el manual sigue literalmente la estructura temática del programa. A su vez cada Unidad Didáctica y cada tema se presenta con una estructura metodológica y pedagógica que contribuye a esa facilidad que pretendemos en el aprendizaje de las cuestiones que se plantean.

La estructura del libro presenta una división en *cinco Unidades Didácticas,* integrada cada una de ellas por varios temas. Cada *Unidad Didáctica* va encabezada por una introducción que presenta los objetivos, un sumario con las cuestiones tratadas en la misma y un breve resumen, que se desarrollan en los temas comprendidos por dicha Unidad Didáctica.

Pero, a su vez, los temas están estructurados de manera muy intuitiva para que leyéndolos con atención el lector pueda entender y aprender con facilidad los contenidos comprendidos en cada *Unidad Didáctica.* Se inician con un recuadro en el que aparecen un *sumario* con los puntos que se tratarán. A continuación, aparecen los *objetivos* perseguidos en la explicación de cada tema en particular. Y, por último, se ofrece, como punto de partida, un breve *resumen* de los conceptos y contenidos más importantes. Consideramos que este inicio de cada tema ayudará al estudiante a la mejor comprensión de los problemas planteados, al partir de un conocimiento elemental y previo de las cuestiones que posteriormente se desarrollarán más ampliamente. En tercer lugar, se presenta, con suficiente amplitud y claridad, el desarrollo de todos los epígrafes que integran cada tema.

Y, aunque el estudio del manual es suficiente para superar la asignatura, no es la fuente única y cerrada de los contenidos del programa. Los estudiantes universitarios pueden y deben sentir cierta curiosidad por ampliar conocimientos en aquellas cuestiones que le susciten un mayor interés. Por esta razón para aquellos que deseen ampliar conocimientos sobre los contenidos desarrollados, al final de cada tema, se les ofrece *bibliografía* complementaria, a la que puede acudir si lo desea. En todo caso, estas lecturas son útiles pero no obligatorias. Finalmente se proponen algunos *ejercicios de autoevaluación* que pueden servir al estudiante para medir su nivel de comprensión y de aprendizaje

Con esta estructura metodológica, entendemos que este manual, utilizado de manera adecuada, es una buena guía pedagógica que irá llevando al estudiante a la comprensión y aprendizaje de todas las cuestiones del programa.

Estrategias para el estudio: Estamos convencidos de que el éxito o fracaso del esfuerzo que realizan los estudiantes en la preparación de las diferentes asignaturas y, en definitiva, en el examen depende en gran medida de *la actitud* que adopten frente al estudio y del acierto en la elección del método o estrategias de aprendizaje. Por ello nos permitimos ofrecer *algunas estrategias* o consejos que pueden ser muy útiles en el proceso de estudio y preparación del programa de *Teoría del Derecho* a través del manual:

Primera: Comprensión y aprendizaje. Creemos que es importante partir de la *comprensión* para llegar al *aprendizaje* y no a la inversa. Es decir, si de verdad se quiere rentabilizar el esfuerzo, al estudiar debe comenzarse realizando un esfuerzo por *entender y comprender* (cualidades que corresponden al entendimiento) los problemas, para afrontar posteriormente el reto de *aprender* y *recordar* (que son cualidades propias de la memoria).

Es cierto que la compleja función formativa de la *Teoría del derecho* requerirá inexcusablemente el concurso de la memoria. Pero esta disciplina, por su carácter filosófico –como hemos venido afirmando–, *no se enfrenta* en general *a cuestiones que hayan de ser "aprendidas de memoria"* sino *a cuestiones que han de ser entendidas,* por lo que la memoria será incapaz de resolver por sí sola las dificultades que plantea el estudio de la asignatura. De ahí que la preocupación del estudiante tenga que ser la de *"entender"* el sentido, el concepto, las implicaciones y soluciones de los problemas que se analizan en cada momento. *Si consigue entender* los problemas y soluciones *aprender y recordar le resultará mucho más fácil,* incluso en el momento crucial del examen.

Sin embargo, si se empeña en aprender de memoria las explicaciones de este manual (o de cualquier otro), prescindiendo del esfuerzo de entender, incurrirá en el desconocimiento y probablemente no recordará casi nada cuando tenga que rendir cuentas de lo que sabe, especialmente a la hora del examen. Podríamos afirmar, por tanto, sin miedo a equivocarnos, que, quien estudia para saber, normalmente obtiene buenos resultados en los exámenes. Sin embargo, quienes se limitan a memorizar, pensando en reproducir en los exámenes lo memorizado, corren el grave riesgo de que les traicione la memoria y no recuerden nada de aquello que memorizaron sin entenderlo. O que plasmen de un modo literal el manual en el examen, lo que indicará que no han comprendido y tampoco podrán aprobar el examen.

Segunda: Familiarización con el lenguaje jurídico: Los alumnos que se adentran por primera vez en el paisaje del Derecho deberán familiarizarse con el específico lenguaje jurídico. El lenguaje es el instrumento básico de comunicación entre los seres humanos. Y cuando alguien desconoce el significado de las palabras o no las utiliza adecuadamente o genera confusión y falta de comprensión. Para comunicarnos en relación con las realidades jurídicas también utilizamos el lenguaje, pero hay

que advertir que el lenguaje jurídico es un leguaje singular y peculiar, lenguaje que en muchas ocasiones es confuso y ambiguo, otras veces vago y, a veces tendencial, al estar impregnado de una profunda carga de emotividad.

Por estas razones, al comenzar el estudio de la *Teoría del Derecho* los alumnos tienen un doble reto: Por un lado deben realizar u esfuerzo por asimilar el lenguaje y la significación propia de los términos jurídicos nuevos, que van descubriendo. Y, al mismo tiempo, tienen que enfrentarse a las peculiaridades de la terminología propia de una disciplina de naturaleza filosófica. Para la mejor comprensión del lenguaje de la *Teoría del Derecho* les será útil servirse de un diccionario jurídico o un diccionario de términos filosófico-jurídico.

En cualquier caso, los estudiantes deben esforzarse por comprender y utilizar correctamente, desde el inicio, el significado del peculiar lenguaje jurídico. Si no realiza este esfuerzo, a medida que avance en sus estudios, se incrementarán las dificultades de comprensión de las disciplinas jurídicas.

Tercero: Estudiar los contenidos del programa ordenadamente, siguiendo el orden de su exposición en el manual. Es muy recomendable estudiar los temas de manera ordenada. El manual cumple esta función en cuanto que se ajusta literalmente al orden de los epígrafes del programa. Y al elaborarlos tanto el programa como el manual se ha tenido en cuenta un orden que no es caprichoso ni aleatorio, pues lo que se estudia en un tema habitualmente es necesario y debe ser tenido en cuenta para la comprensión de temas posteriores.

En efecto, las diferentes *Unidades Didácticas* y las respectivas lecciones que cada una de esas unidades incluye presentan un orden interno en el que las distintas cuestiones o bloque temáticos están mutuamente unidos por un nexo, más o menos visible, de dependencia e interconexión lógica. En consecuencia, si el orden de estudio sigue la prelación y el ritmo exigidos por esa secuencia lógica que une todas las lecciones, el avance será sin duda mucho más seguro. Por ello recomendamos estudiar los temas en el orden expuesto en el manual.

Cuarta: Técnicas de estudio: lectura comprensiva, localizando y subrayando las ideas centrales. La tarea del estudio debe realizarse leyendo con atención aquello que es objeto de estudio. Como técnica de estudio aconsejamos los siguientes pasos:

- En primer lugar, leer atentamente los objetivos y problemas que se van a estudiar en cada Unidad Didáctica, lo cual nos situará en el entorno de las cuestiones que vamos a estudiar en dicha unidad y nos ayudará a comprenderlas mejor.
- En segundo lugar, entrando ya en el estudio de cada tema es importante leer atentamente el sumario de los epígrafes que van a estudiarse y los objetivos que se persiguen en cada tema. Ello nos permitirá tener una visión general del contenido que vamos a estudiar.

- A continuación, será muy útil leer el resumen insertado en cada tema, lo que nos ampliará los meros enunciados del sumario y nos proporcionará una visión sintética de todo lo tratado en cada tema.
- Con los pasos precedentes estamos ya en condiciones de afrontar el estudio de cada epígrafe. Y nos resultará fácil su comprensión porque ya nos hemos situado y conocemos por los pasos anteriores un avance de su contenido. Y debe estudiarse cada uno de los epígrafes del tema hasta entenderlo y asimilarlo. Para llevar a cabo esta tarea nos permitimos sugerir dos cosas: *La primera* es que, al comenzar el estudio de cada epígrafe, debe leerse muy atentamente y con mucha concentración, comprendiendo lo que significa cada palabra, la formulación del epígrafe correspondiente entendiendo cual es el mensaje que transmite, pues normalmente en los epígrafes se encuentra la idea central del tema que se va a analizar. Si entendemos esto tendremos mucho adelantado y nos resultará más fácil prestar atención a la hora de dar el segundo paso, el del estudio del contenido de dicho epígrafe. *La segunda* es que aconsejamos realizar una primera lectura del epígrafe atenta pero rápida, para situarnos en el problema y una segunda lectura más reposada *subrayando las ideas principales de cada epígrafe*, releyendo atentamente aquellos párrafos que no hayamos comprendido.

Si seguimos estos pasos conseguiremos prestar atención a lo que leemos, comprenderemos mejor el texto al tratar de localizar las ideas centrales para subrayarlas. Esta tarea contribuye, además, a que se vaya gravando en la memoria el contenido y nos será muy útil el subrayado para los repasos posteriores.

Lo correcto es avanzar en la lectura reposada hasta que se haya comprendido perfectamente el problema que se está estudiando en cada momento. *Nunca abandonar por cansancio y saltar a otro tema*, puesto que existe siempre una cierta conexión o secuencia lógica entre las diversas cuestiones que precisan la comprensión de las primeras para comprender las sucesivas.

Y cuando encuentre dificultades que no pueda superar por sí mismo en el acto, el estudiante deberá recurrir a todos los medios disponibles para salir del atasco (relectura atenta del párrafo o epígrafe correspondiente, acudir a otros manuales o la bibliografía recomendada al final del tema, preguntar a con otros compañeros de estudio, pedir ayuda al Profesor Tutor o al equipo docente a través de los foros de la plataforma). Pero no le será útil obviar la dificultad saltando a otras cuestiones o temas posteriores porque hará un salto en el vacío, y habitualmente, no habiendo entendido las cuestiones o temas anteriores, tampoco entenderá los siguientes.

Los estudiantes deben convencerse de que tienen la capacidad suficiente para comprender el contenido de todos los epígrafes expuestos en el manual y, por tanto, no deben desfallecer ni incurrir en el desánimo si, a veces, algún tema se le resiste. Debe mentalizarse contra el complejo de impotencia y releer, si fuera necesario, con

mucha atención cualquier epígrafe que le resulte más complicado. avanzar a medida que comprende y aprende los temas.

Quinta: Estudiar con el programa. Esta es una de las recomendaciones más importantes y provechosa que podemos hacer a los estudiantes. En efecto, deben acostumbrarse a estudiar con el programa oficial de la asignatura, porque el programa le proporcionará, en primer lugar, una visión espacial y global de todas las cuestiones que se plantean, ayudándole a ubicar visualmente los temas en el espacio de la asignatura; le ayudará, en segundo lugar, a relacionar unos temas con otros; en tercer lugar, le será útil para repasar y medir el grado de comprensión y conocimientos utilizando sólo el programa para autoevaluarse; y, en cuarto lugar le servirá de guía para identificar con precisión los problemas o cuestiones a que se refieren las preguntas formuladas en los exámenes, pues podrá acudir con el programa a la realización de los mismos.

Sexta: Realizar ejercicios de autoevaluación. Un método de estudio que no comprenda la autoevaluación no es un buen método. No es suficiente leer, comprender, incluso memorizar y creer que ahí ha terminado el estudio. Hay que dar un paso más: autoconvencerse de que se ejerce un dominio sobre aquellas cuestiones que se han estudiado y que se es capaz de dar cuenta de ellas en el momento trascendental del examen. Para ello es recomendable y consideramos imprescindible la *estrategia de la autoevaluación.* A través de ella, los estudiantes pueden contrastar cuál es la situación de sus conocimientos en cada momento. Puede llevarse a cabo de múltiples formas: Al final de cada tema del manual incluimos algunas preguntas que pueden ser útiles para realizar dicha evaluación; otra fórmula para llevarla a cabo es la utilización del programa, sin auxilio del manual ni de ningún tipo de apuntes e intentar exponer brevemente las cuestiones planteadas en cada tema; también puede acudirse al sistema de exámenes selectivos eligiendo aleatoriamente algunas cuestiones del programa e intentar desarrollarlas por escrito simulando una prueba de examen; o cualquier otra fórmula que el alumno estime oportuna.

En todo caso, si se comprueba en la autoevaluación que no se ha comprendido algún tema o no se es capaz de exponerlo debe acudirse al repaso o al estudio de nuevo de las cuestiones no comprendidas o aprendidas.

5º) *Recursos de apoyo:* Los alumnos deben saber que, además del manual, disponen de otros varios recursos de apoyo para la preparación de la asignatura *Teoría del Derecho.* Entre ellos:

- *La plataforma virtual del curso y de la asignatura.* En ella podrán encontrar colgados:

  - La *Guía de la asignatura*, que le proporcionará el programa oficial de la asignatura así como las orientaciones e instrumentos de apoyo para su preparación y el sistema y forma en que han de realizar la prueba de evaluación final o examen. La Guía incluye la explicación del significado, valor y modo de realización de la PEC (Prueba de Evaluación Continua).
  - Y también encontrarán en ella los emails, teléfonos y horarios para la tutorización de la asignatura por parte de los profesores del equipo docente.
  - Los diferentes foros temáticos, de consulta y debate en los que pueden participar los alumnos.
  - Materiales complementarios que el equipo docente considere de utilidad para la preparación de los temas del programa.
- Junto al manual y la plataforma los alumnos disponen de la *red de Centros Asociados de la UNED* a los que podrán acudir tanto para asistir a las tutorías impartidas por los Profesores Tutores de la asignatura, como para consultar otros manuales o libros de interés en sus bibliotecas.
- Y podrán seguir en directo, desde cualquier lugar tutorías impartidas por Profesores tutores de algunos Centros Asociados vía telemática., a través de la plataforma AVIP. Muchas de las tutorías desarrolladas mediante tecnología AVIP están disponibles en línea para que los alumnos puedan visualizarlas en cualquier momento, con posterioridad a su celebración en el portal de INTECCA.

6º) *Dar cuenta de los resultados: El examen final y la PEC.* En los epígrafes precedentes hemos expuesto algunas técnicas de estudio, estrategias y consejos para la comprensión y aprendizaje de la *Teoría del Derecho*. Y, al hacerlo, hemos tenido muy presente los dos objetivos: el de *la comprensión* que nos conduce al *saber* y el de la mejor forma de dar cuenta del rendimiento a la hora de *plasmar los conocimientos obtenidos en el momento crucial del examen.* En definitiva, como vimos anteriormente, los estudiantes no pueden perder de vista este segundo objetivo: *tener éxito en los exámenes.*

El modelo de examen podrán encontrarlo en la GUÍA de la signatura colgada en la Plataforma. De todos modos los alumnos deben conocer que la calificación final se compone de la nota obtenida en el examen final y una ponderación de la obtenida en la Prueba de Evaluación Continua (PEC), para aquellos que la realicen, porque esta prueba es en todo caso voluntaria, como se explica en la Guía de la asignatura.

Por nuestra parte creemos haber contribuido a este objetivo, elaborado un manual suficientemente pedagógico y sencillo para conducir a los alumnos a *comprender y saber* con facilidad las cuestiones planteadas por la *Teoría del Derecho*. Pero al mismo tiempo, en esta *presentación*, les hemos proporcionado las claves y métodos que puedan conducirle al éxito en los exámenes, sin perder de vista el dicho de que «*quien sabe aprueba*». Y es que al realizar los exámenes de esta asig-

natura lo más importante es escribir lo que se sabe demostrando que se han entendido los conceptos fundamentales. En ningún caso reproducir párrafos aprendidos memorísticamente.

En Madrid, mayo de 2017

Ana María Marcos del Cano
Narciso Martínez Morán

UNIDAD DIDACTICA I
EL DERECHO COMO NORMA DE CONDUCTA

Objetivo general de la Unidad I

En esta primera Unidad Didáctica de *Teoría del Derecho* vamos a analizar el Derecho desde distintas perspectivas con el objetivo de que, al final de la misma, el estudiante tenga una comprensión precisa de lo que es el Derecho. Para ello, comenzaremos con un análisis global de las normas generales que regulan el comportamiento de las personas que conviven en un grupo social. Esa panorámica general nos mostrará la especificidad de las normas jurídicas en el conjunto de otras normas que son también determinantes para el actuar de cada individuo en sociedad y podremos diferenciar unas de otras con claridad (Lección 1). Posteriormente, y ya adentrándonos en lo que es el Derecho en sí, conoceremos las distintas dimensiones que lo configuran, así como las comprensiones que del mismo se han dado a lo largo de la historia y en la actualidad (Lección 2). A continuación, se explicará el concepto básico del Derecho objetivo como conjunto de normas, de dónde surge –fuentes–, así como sus principales caracteres (Lección 3). Imposible es hablar del Derecho objetivo sin resaltar el concepto de derecho subjetivo y su correlativo deber jurídico, conceptos básicos en la comprensión de lo que es el Derecho y también de las facultades que otorgan a los individuos (Lección 4). Estas lecciones primeras de la Unidad Didáctica I nos van a acercar desde un enfoque descriptivo y estructural al concepto de derecho, y la última, abordará el Derecho desde un análisis *funcional*, sin la cual quedaría incompleto, es decir, cuáles son las funciones que desempeña el Derecho dentro de la realidad social, cuál es su eficacia en el seno de la sociedad (Lección 5). De este modo, se cierra la primera Unidad Didáctica con una visión muy completa de lo que es el Derecho tanto desde una perspectiva *estructural* como *funcional*.

TEMA 1.
Normas reguladoras de la conducta humana

Ana María Marcos del Cano y Narciso Martínez Morán

Sumario

I. *Conceptos de Norma.* II. *El Hombre como Individuo: las Normas Morales.* III. *La Dimensión Social de la Vida Humana.* 1. Reglas de Trato Social (Usos Sociales) 1.1. El arraigo de las Reglas de Trato Social en los comportamientos sociales. 1.2. Caracteres de las Reglas de Trato Social. 2. Las Normas Jurídicas. 2.1. La presencia de la normatividad jurídica en la vida social. 2.2. Caracteres de las Normas Jurídicas. IV. *Criterios de distinción entre Normas Morales, Reglas de Trato Social y Normas Jurídicas.*

Objetivos

En este primer tema conoceremos cómo todos los seres humanos se manifiestan y se comportan en dos dimensiones diferentes que se encuentran consustancial e inseparablemente presentes en todos ellos: la dimensión individual y la dimensión social.

Y analizaremos cómo todas las conductas humanas están regidas por normas que son diferentes, dependiendo, en cada caso, de la naturaleza de los actos regulados. Y mostraremos las coincidencias y diferencias entre los diferentes tipos de conducta y las normas que las regulan.

Se pretende transmitir un mensaje central en la comprensión del Derecho y es su coexistencia en el grupo social con otros órdenes normativos, partiendo desde la misma estructura moral del hombre como individuo.

Resumen

El Derecho es un elemento necesario para la regulación de la convivencia pacífica de cualquier sociedad. A la vez, el Derecho es un orden normativo más, que coexiste con

otros tipos de normas dentro del mismo grupo social y todas ellas son indispensables para su adecuado funcionamiento. Esas normas son, en concreto, los *Usos Sociales*, las *Normas Morales* y las *Normas Jurídicas*. Estas normas parten de la estructura del ser humano como ser moral, individual.

Los seres humanos, a la vez que son individuales son seres sociales, que conviven e interactúan constituyendo entidades sociales. Ya Aristóteles entendía que el hombre es social por naturaleza, pero su socialidad se manifiesta históricamente al integrarse en grupos o comunidades, dentro de las cuales se desarrolla como persona y realiza la mayor parte de sus conductas, hasta el punto de que podemos afirmar que existe una total equivalencia entre el *ser-hombre* y *vivir-en-sociedad*.

Dos tipos de normas rigen los comportamientos sociales:

En primer lugar las Reglas de Trato Social o Usos Sociales. Son «*pautas de conducta que nos indican el comportamiento que hemos de observar en el ejercicio de la convivencia con los miembros del grupo social al que pertenecemos*» y se caracterizan por su alteridad o bilateralidad, exterioridad y heteronomía. Su coercibilidad es objetiva por el origen, pero subjetiva en cuanto a la eficacia; y las sanciones vienen impuestas por el grupo social.

En segundo lugar las Normas Jurídicas que son normas que regulan también conductas sociales y las imponen con carácter inexorablemente obligatorio. Sus caracteres son: la alteridad o bilateralidad, la exterioridad, la heteronomía y la coercibilidad objetiva o impositividad inexorable. Las sanciones vienen establecidas en las propias normas y las imponen los jueces.

Entre los caracteres del derecho y las reglas de trato social existen muchas coincidencias. Las diferencias se encuentran básicamente en el origen de la propia normatividad, en el tipo y origen de las sanciones y en el grado de coercibilidad.

Más diferencias existen entre estos dos tipos de nomas y las normas morales dado que, a diferencia de aquellas los caracteres de las normas morales son: la individualidad, la interioridad, la autonomía, la no coercibilidad y la subjetividad de las sanciones.

I. CONCEPTOS DE NORMA

Parece lógico al afrontar un primer curso de *Teoría del Derecho* el comenzar preguntándonos por qué sea una norma y qué distintos tipos de normas existen. Al hacerlo estamos ya introduciéndonos en el ámbito propio del Derecho y en su carácter más singularizador, es decir, el Derecho es una norma, ordena, manda. Pero ¿qué tipo de norma? Para ello tenemos que aproximarnos, en un primer momento, a los diferentes conceptos de norma que existen, teniendo en cuenta que eso nos dará una idea general del sector en el que se inscribe nuestro objeto de estudio, el Derecho.

Lo primero que debe quedar claro es que las normas se caracterizan porque no son una descripción de la realidad, de lo que es, de lo que acontece. Se sitúan no en el plano del ser (lo que es), sino en el plano del deber ser (ideal). En este sentido, se diferencian de lo que serían las leyes de la naturaleza, las leyes de la física, que describen hechos, fenómenos y que son fundamentalmente expresión de una relación causa-efecto que se produce en el orden natural de forma inexorable. Evi-

dentemente, estas normas también se diferencian de lo que podrían ser las leyes sociológicas, históricas, económicas, etc. Estas también son enunciados descriptivos de fenómenos no ya de tipo natural, sino de tipo económico, sociológico, cultural y humano.

En el ámbito de las normas, en el sentido en el que estamos hablando, presuponen la libertad, la decisión del hombre, a la hora de cumplir o no esas normas, algo que no ocurre en los fenómenos naturales. Quiere esto decir que las normas en cuanto establecen que algo debe ser, comportan siempre la posibilidad de su incumplimiento, de su vulneración. Si la norma fuera necesaria, es decir, que se cumpliera siempre de modo inexorable, perdería el carácter de norma y se convertiría en una ley fáctica.

Y es que la existencia de unos códigos normativos o reglas de conducta son necesarios como garantía del desarrollo de la vida social en cohesión y en paz. La misma pervivencia de la sociedad radica en la existencia de estos órdenes normativos que dan seguridad a la propia vida y a la de los grupos sociales. Estas normas reguladoras de la conducta humana están presentes en todos los ámbitos del convivir diario: el comportamiento moral, religioso, la actividad jurídica, los usos de cortesía, etc. Esto hace que las conductas recíprocas de los sujetos sean casi totalmente previsibles, así se elimina en gran parte el riesgo y la incertidumbre que pudiera derivar de la conducta de las personas si estas no tuvieran un mínimo patrón bajo el que actuar. Esto no quiere decir que esas normas tiendan hacia una homogeneización y control de las personas que impidan la decisión personal y la coexistencia de diferentes e incluso en ocasiones antagónicos formas de vida en una misma sociedad. Si por algo se caracterizan las sociedades actuales es precisamente por sus distintas concepciones del bien, por su pluralidad moral, cultural y religiosa. Pero esto no se contrapone a que existan normas que establezcan un marco regulador amplio en el que tengan cabida las distintas visiones y formas de vida, siempre desde el respeto a la libertad individual y a los valores básicos y derechos y libertades públicas que fundamentan los actuales sistemas democráticos.

II. EL HOMBRE COMO INDIVIDUO: LAS NORMAS MORALES

Antes de entrar en las relaciones entre las distintas normas (morales, jurídicas y usos sociales), es necesario pararse en abordar la dimensión moral del ser humano. Evidentemente hay que dejar claro que la moral no es una realidad unitaria o indiferenciada, sino que se puede hablar de distintas áreas dentro de la moral, a saber, moral de la conciencia individual, la moral de los sistemas filosóficos y religiosos y la moral social. A nosotros nos interesa sobre todo en este epígrafe la dimensión moral de la persona. Antes de entrar en lo que es propiamente esta conciencia moral, habría que diferenciar aquí dos conceptos que en muchas ocasiones aparecen confusos:

- Moral: conjunto de hábitos, actos y carácter del ser humano
- Ética: el fundamento de esos actos.

Cuando hablamos de Moral, siguiendo a Aranguren, podemos entenderla de muy diversas maneras, a saber,

- **Moral** en el sentido de actitud básica que **indica fuerza, impulso, ánimo vital**. Así se dice de una persona que tiene mucha moral, lo que significa que tiene coraje y valentía para afrontar la vida y las situaciones que implique. O bien de alguien que está «desmoralizado», indicando precisamente esa falta de ánimo. Aquí este significado no conlleva ninguna connotación ética, esto es, no se es más o menos ético por la «moral», no es inmoral por el ánimo que se tenga, sino más bien es una situación de hecho, de estructura psicológica de la persona.
- **Moral** como estructura en el sentido de **ajustamiento y consiguiente apropiación**, esto es, hacer la propia vida a través de cada uno de nuestros actos y la inscripción de esos actos en nuestra naturaleza. En este punto, la moral existe porque el hombre es un ser constitutivamente moral. A diferencia del animal que existe plenamente ajustado al medio, (el suyo es un mecanismo estímulo-respuesta), el hombre, en cambio, es «libre de» y además su propia complicación hace surgir en él su inteligencia. El hombre necesita justificar sus actos.
- **Moral** como contenido, que sería **la justificación como justicia**, como ajuste a una determinada norma ética, estaría formada por actos, hábitos, carácter que son precisamente el objeto material de la ética y que, por lo tanto, dará lugar a diferentes tipos de ética.

La **Ética** vendría a ser el **fundamento de esas normas morales.** Sería un segundo nivel reflexivo acerca de los actos, códigos y acciones morales ya existentes. Da razones de que existan dichas prescripciones morales. En este sentido, hay muchas éticas. La gran división es:

- las **éticas formales**: no indican qué hay que hacer, sino el **cómo**. Uno de los ejemplos más claros es el célebre imperativo categórico de Kant: «Obra de tal manera que tu manera de actuar sea universalizable».
- y **las éticas materiales**: indican el **qué** hay que hacer. En este sentido, la ética aristotélica que indica que el fin de la ética es alcanzar la virtud.

Podemos afirmar entonces que la dimensión moral del individuo es la esencial función de la conciencia valorativa ante cualquier norma y ante cualquier modelo de conducta y que, por ende, nos afecta a todos. La moral de la conciencia individual parte de la idea de bien, como algo valioso en sí, que el individuo se forja en su con-

ciencia y de la cual se derivan exigencias morales de deber ser que se traducen en normas de comportamiento para el sujeto. Así, el centro de gravedad de esta dimensión moral radica en la conciencia individual: es allí donde surge la correspondiente norma de conducta; es precisamente la propia conciencia la que actúa como instancia juzgadora acerca de su cumplimiento o incumplimiento de la norma y como instancia sancionadora. Kant separaría totalmente los ámbitos de la moral y el derecho, para preservar un espacio a la autonomía moral, fuera de la normatividad jurídica, siempre impositiva. La diferencia con las normas jurídicas y los usos sociales, como más adelante veremos, es que la sanción será la propia culpabilidad. Si bien hay que advertir ya desde ahora que estos tres órdenes normativos están inextricablemente unidos y que hay zonas comunes, a saber, en la protección y garantía de los valores más básicos del ser humano.

La interacción que se produce entre el Derecho y la moral es manifiesta ahora y en cualquier ordenamiento jurídico que analicemos. No en vano la reflexión acerca de su influencia o no, de si el Derecho debe plasmar los dictados de la moral (la social u otra concreta) ha jalonado la historia de la Filosofía del Derecho, aun cuando Kant parece que dejó nítidamente diferenciados sus ámbitos de competencia.

Y es que los hombres siempre se han planteado la pregunta acerca de la legitimidad de las normas a las que deben sujetar su conducta: «¿qué debo hacer? ¿Por qué debo obedecer?». Ya desde los orígenes mismos de la Filosofía, en Grecia, se discutía sobre la obediencia a las leyes; paradigmáticos son, a este respecto, los casos de Sócrates y Antígona. Pero esa idéntica preocupación de los hombres, que aparece y desaparece en forma recurrente a lo largo de los siglos, ha conducido hasta principios valorativos que difieren mucho entre sí, en función de la variación de los contextos histórico-cronológicos o histórico-culturales en que han sido formulados.

Hay, pues, una preocupación que se plasma en la pregunta por el Derecho justo, que ha tenido una presencia ininterrumpida a lo largo de la historia y hay también una permanente disparidad de respuestas, lo que nos confirma que cada época impone en el jurista, la obligación de repensar los criterios y valores que deben legitimar el Derecho. Y este dato pone de manifiesto la gran dificultad de encontrar una solución definitiva, así como el profundo condicionamiento de todas las respuestas que se han dado y, consecuentemente, el carácter relativo de su validez.

A esta configuración cambiante de los valores legitimadores del Derecho /y también de la ética/ se une la transformación que debido a los grandes avances científico-tecnológicos producidos en el ámbito de la Medicina y las ciencias de la salud que obligan a repensar los criterios que venían guiando la praxis y a crear otros nuevos. Actualmente parece que se da un cierto consenso en considerar el respeto a los Derechos Humanos como la base ética legitimadora de cualquier ordenamiento jurídico, sobre todo, desde la aprobación en 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**.

La institucionalización de estos derechos ha venido de ese centro de gravedad de la conciencia individual (lugar sagrado e íntimo de la persona), desde el cual han surgido las posibilidades reales de crítica racional de las estructuras sociales vigentes y, en particular, de la moral social. Esta conciencia moral individual presupone la existencia de un sujeto con una conciencia, con una libertad y una capacidad de ejercerla.

III. LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA VIDA HUMANA

Pero el ser humano no es sólo un individuo que vive aislado y ensimismado en su propio y solitario mundo sin que le afecte nada de cuanto le rodea. En efecto, si analizamos en profundidad el modo de vivir de los seres humanos podremos darnos cuenta de que la vida de cada hombre se desarrolla inmersa en una serie de actuaciones, unas que se desenvuelven acotadas en el espacio cerrado de su estricta individualidad, y otras, la mayoría, que transcienden al mundo exterior y repercuten en el modo de vivir de otros individuos con los que entran y permanecen en constante relación.

Los individuos, que conviven e interactúan, constituyen la sociedad. Y esta forma de vida, en sociedad, es habitual donde existen dos o más personas, porque el ser humano es constitutivamente no sólo un ser individual sino también un ser social por naturaleza. De ello se deduce que los seres humanos tienden a vivir en sociedad y en sus muchas relaciones establecen diversos tipos de sociedades en función de las necesidades y la finalidades de su convivencia.

En este sentido cabe afirmar que la dimensión social de la vida humana podemos contemplarla desde una doble perspectiva: *En primer lugar* se manifiesta como *algo natural y consustancial a todo ser humano* (el hombre –se dice– es un ser social por naturaleza–) y, *en segundo lugar* se nos presenta como una realidad *histórica* de carácter artificial, en cuanto que los hombres planifican constantemente y crean consciente y libremente sociedades en función de unos fines predeterminados, o se adhieren a otras ya establecidas.

Lo cierto es que tanto desde las concepciones filosóficas como desde la experiencia histórica se constata la sociabilidad humana. Que el hombre es un ser social por naturaleza es un postulado defendido ya por ARISTÓTELES en el s. IV a. C.: «*El ser humano* –decía– *es un ser social por naturaleza, y el insocial por naturaleza y no por azar o es mal humano o más que humano (...). La sociedad es por naturaleza anterior al individuo (...) el que no puede vivir en sociedad, o no necesita nada para su propia suficiencia, no es miembro de la sociedad, sino una bestia o un dios*». Aristóteles tenía muy claro que los humanos somos sociables por naturaleza, nacemos ya con la característica de la sociabilidad y, a lo largo de nuestra vida, vamos desarrollándola.

En efecto es un hecho incuestionable que, para sobrevivir, los unos necesitamos de los otros, todos necesitamos de todos. Por esta razón para Aristóteles se «*es*» en tanto se «*co-es*», lo cual significa que, a pesar de que todos los seres humanos poseemos una dimensión individual que nos permite desarrollar nuestra *personalidad*, nuestro «*ser*», esta dimensión es inseparable y está inserta en la dimensión social del hombre para la convivencia en comunidad desde que nacemos. Y dicha convivencia nos aporta el desarrollo de nuestro «*ser social*». Dicho en otras palabras. Podemos afirmar que existe una total equivalencia entre el *ser-hombre* y *vivir-en-sociedad*.

Y además de la fundamentación filosófica también, desde el punto de vista histórico, es irrefutable la sociabilidad natural del hombre. Es patente que la vida de los seres humanos está en constante relación con la de otros seres humanos hasta el punto de que todos se necesitan, interactúan, se complementan y conviven compartiendo gran parte de las experiencias y realizaciones. Unos producen unos bienes otros elaboran productos diferentes: la alimentación, el vestido, la vivienda, los servicios médicos, la enseñanza, la cobertura de las necesidades espirituales... Todos dependemos de los demás para nuestra supervivencia y convivencia sociales y cada cual contribuye al sostenimiento y desarrollo, a la solución de los problemas de otros individuos y de la sociedad en la medida de sus posibilidades, habilidades y conocimientos.

«Se da, pues, en la vida humana –como afirma Benito de Castro– un complejo y recíproco necesitar y ser necesitado, un complejo y firme ensamblaje de correspondencias. Cada individuo vive y actúa, es decir, se realiza, dentro de tupidos sistemas o constelaciones de relaciones sociales.»

Es evidente que para que cualquier sociedad funcione todas las relaciones sociales deben comportar una mínima unidad de acción entre todos los miembros que integran el grupo social. Y, como el propio Benito de Castro argumenta, dicha unidad de acción exige una cooperación básica y una común participación en todos aquellos elementos sobre los que se sustenta la propia vida social. Y esta cooperación constante es la que hace que en todos los grupos sociales estables se dé, al menos en un grado mínimo, la integración que les es imprescindible para mantenerse como tal sociedad.

Y en esa interacción de las relaciones humanas se producen los comportamientos que realiza cada miembro del grupo y repercuten en los otros en mayor o menor medida, con mayor o menor transcendencia. Por ello y para que la convivencia se establezca de manera ordenada, en paz, seguridad y libertad se hace necesario que las conductas que realizamos en relación con los otros se rijan por normas, pues es inimaginable una convivencia permanente sin un orden social, sin unas normas de conducta que delimiten los diversos ámbitos de actuación de cada individuo dentro del grupo social. Y, dado que no todos los actos o las conductas humanas tienen el mismo valor ni la misma transcendencia, las normas que regulan las conductas sociales son diferentes. Pero lo cierto es que en todos los ámbitos de la vida colectiva están presentes determinados sistemas de normas.

1. Reglas de Trato Social (Usos Sociales)

1.1. *El arraigo de las Reglas de Trato Social en los comportamientos sociales*

En el epígrafe 2 de este mismo tema hemos analizado las normas morales en cuanto que son reguladoras de las conductas individuales del hombre. Y de cuanto venimos exponiendo en el presente epígrafe se deduce que los seres humanos realizan multitud de conductas fuera de la estricta individualidad que se caracterizan por la socialidad o alteridad.

Con frecuencia tendemos a identificar este tipo de conductas sociales exclusivamente con las normas jurídicas. Sin embargo hemos de preguntarnos si, además de las normas morales y de las normas jurídicas pueden existir otro tipo de normas, que, siendo de carácter social (perteneciendo al ámbito de la socialidad) sean diferentes del derecho.

En efecto, si nos fijamos atentamente en las reglas de conducta que practicamos habitualmente en el ejercicio de la convivencia social, observaremos que existen determinadas reglas de conducta que, siendo de carácter alterativo, no podemos identificarlas con el derecho, pues presentan algunos caracteres que las diferencian: Son los llamados *Usos Sociales* o *Reglas de Trato social*. Con independencia del debate existente sobre si son o no verdaderas normas de la conducta humana, diferentes de la moral y el derecho, diremos que se trata de *«pautas de conducta que nos indican el comportamiento que hemos de observar en el ejercicio de la convivencia con los miembros del grupo social al que pertenecemos»*.

Es incuestionable que existen modelos o pautas de conducta que se nos imponen y practicamos continuamente: saludamos a las personas conocidas, nos comportamos en la mesa con unos modales determinados, vestimos de una cierta manera según los lugares donde vayamos, hacemos regalos a quien contrae matrimonio, cedemos el asiento a las personas débiles, damos el pésame al que ha sufrido la pérdida de un familiar felicitamos al que ha obtenido un premio, nos descubrimos ante una autoridad, entregamos un ramo de flores al director/a, a la primera bailarina al terminar una función, aplaudimos al finalizar un concierto, incluso nos ponemos de pie en señal de agrado o satisfacción... Todas estas son conductas cuya regulación pertenece al ámbito de las Reglas de Trato social.

Hemos de advertir que la terminología de las reglas que regulan este tipo de conductas ha sido muy variada. Las denominaciones más frecuentes y, sin duda, las más acertadas son *Reglas de Trato social* y *Usos Sociales*; pero también normas de urbanidad, convencionalismos sociales, usos convencionales, buenos modales, normas de decoro social... Debemos tener en cuenta que las expresiones usos convencionales o Convencionalismos sociales no son muy apropiadas, pues este tipo de reglas no nacen precisamente como consecuencia de un acuerdo o convención sino que son producto espontáneo que se ha generado y consolidado lentamente en el seno de la convivencia social.

1.2. *Caracteres de las Reglas de Trato Social*

Los usos sociales presentan unos caracteres distintivos que los tipifican claramente. Dichos caracteres no servirán para analizar las semejanzas y las diferencias existentes entre ellos y las normas jurídicas y morales. Siguiendo a RECASENS SICHES y a FERNÁNDEZ GALIANO los caracteres que identifican y tipifican las reglas de trato social son los siguientes:

- *Socialidad o alteridad:* Los Usos Sociales están dotados de la característica de la «*socialitas*» (socialidad) pues, como su propio nombre indica, los Usos Sociales o Reglas de Trato Social regulan siempre conductas de los individuos dentro del grupo social, concebidos como miembros del mismo. Y se denominan conductas de alteridad porque se realizan en relación con otro (*alter* en latín) u otros.
- *Generalidad:* Las Reglas de Trato Social se observan por la mayoría de los miembros del grupo al que afectan y, cuando alguno no las sigue o se resiste a su observancia, es rechazado por el grupo, se le tacha de mal educado, insociable, incívico (incivil) o incluso recibe la reprobación y el rechazo del grupo. Decimos que se trata de hábitos practicados por la mayoría del grupo hasta el punto de que si, la práctica decae perdiendo la generalidad el uso deja de existir como tal pues los hábitos particulares o minoritarios son usos pero al no ser generalizados no pueden denominarse usos sociales.

La característica de la generalidad es, en consecuencia, la que determina la *vigencia social* de los Usos Sociales. Podremos observar que, en la sociedad existen usos históricamente arraigados como el saludo y otros que nacen y se instalan en la sociedad durante un cierto tiempo pero desaparecen con la evolución al perder la generalidad.

- *Impersonalidad* que se refleja en un doble sentido. Por un lado en cuanto al origen, pues los Usos Sociales se generan y van arraigándose espontáneamente dentro de los grupos sociales sin que sean creados por ningún legislador concreto. Por otra parte, las Reglas de Trato social se manifiestan a través de comportamientos no atribuibles a una persona en concreto, a nadie en particular sino difusamente al grupo como conjunto. Impersonalidad que se refleja, cuando nos referimos al uso, en la utilización, del pronombre impersonal **se.** Nos referimos a la moda afirmando que *se lleva* y con frecuencia decimos *esto no se dice, esto no se hace, así no se come, se dan los buenos días, se saluda* etc.
- *Irracionalidad:* Efectivamente los Usos Sociales no surgen dentro del grupo social como consecuencia de factores sociológicos que operan espontáneamente dentro del seno del grupo. No surgen por tanto, de un proceso racional

que nos conduzca a la convicción de que deben ser observados, lo que no quiere decir que sean irracionales en el sentido de que carezcan de justificación lógica. Sólo que no nacen de un proceso racional intencionado.

- *Sectorialidad:* Las Reglas de Trato Social se manifiestan y actúan en sectores sociales, en grupos concretos determinados por la edad, por la profesión, por el lugar geográfico ... Así podemos encontrarnos con Usos Sociales practicados exclusivamente por los jóvenes; hay usos sociales practicados sólo por los actores, otros usos que se refieren a la indumentaria que debe utilizarse para asistir a la ópera, algunos se tipifican en las recepciones de los Jefes de Estado, otro se manifiestan en los diferentes protocolos de comportamiento . Hay usos locales, regionales, nacionales o internacionales. Pero algunos están tan arraigados en todas las sociedades que llegan a tener rango de usos universales, como es el caso del saludo, por ejemplo, que se practica en todos los países y lugares del mundo, aunque se realicen de diferentes formas.
- *Diferente grado de presión:* Si prestamos atención a este tipo de comportamientos sociales podremos observar que los Usos Sociales ejercen diferente grado de presión, es decir, que no todos vinculan con la misma intensidad por lo que podemos distinguir, como ya hizo ORTEGA Y GASSET y es habitual en los tratadistas de nuestro tiempo, entre *usos fuertes* y *usos débiles*.
  Frente a los usos fuertes los miembros del grupo social se sienten muy constreñidos, vinculados y difícilmente los contravendrán. Los usos débiles por el contrario generan un sentimiento de obligación mucho más tenue y, en consecuencia son fácilmente vulnerables. Y hay que tener en cuenta también que una misma regla social puede ser un uso fuerte para un sujeto y débil para otro.

2. Las Normas Jurídicas

2.1. *La presencia de la normatividad jurídica en la vida social*

En toda sociedad organizada, junto a las reglas de Trato Social, existen otras muchas normas, dotadas también de la característica de la alteridad, pero diferentes de ellas que regulan también conductas sociales y las imponen con carácter inexorablemente obligatorio. Son las normas jurídicas cuyo conjunto constituye el ordenamiento jurídico, el Derecho.

La vida del hombre se desarrolla en continuo contacto con el Derecho. En efecto, los seres humanos de todos los tiempos y todas las latitudes se encuentran inmersos en el mundo del Derecho. Pero podemos afirmar algo más, no sólo estamos rodeados de realidades y mensajes que nos sugieren la existencia de la realidad jurídica (normas, jueces, notarios, abogados, tribunales...) sino que también, en la vida cotidiana realizamos constantemente actos que están regulados por normas jurídicas. Por

ejemplo, cuando, al salir de casa por las mañanas, nos trasladamos a nuestro trabajo en autobús, en tren o en metro, o cuando viajamos en avión para disfrutar de unas vacaciones, estamos llevando a la práctica un contrato de transporte público y cuando tomamos un taxi realizamos un contrato de arrendamiento de servicios. Todos los días vendemos o compramos cosas (libros, gasolina, la cesta de la compra en el mercado). Cuando, de camino a la oficina, nos dirigimos al kiosco para conseguir el periódico o desayunamos en una cafetería, o cuando adquirimos un paquete de cigarrillos en el estanco, estamos realizando otros tantos actos que, a los efectos jurídicos, constituyen un contrato de compraventa, como lo son también la compra de un automóvil o de una vivienda.

Alguna vez en nuestra vida otorgamos un testamento, nos casamos, inscribimos a un hijo en el registro civil, demandamos o somos demandados... Todos estos son actos jurídicos que los individuos de una sociedad realizan de manera espontánea. A diario, al amparo de algunas reglamentaciones, los ciudadanos realizamos actos de carácter administrativo que nos confieren determinados derechos (permisos, pensiones, becas, exenciones de pago, etc.) y todo ello, lo hacemos sin detenemos a pensar que todas esas actividades, realizadas en el marco de la sociedad, están reguladas por normas jurídicas y pertenecen al mundo del Derecho. No cabe duda, por tanto, de la mutua implicación existente entre sociedad y Derecho *(ubi societas ibi ius)* pues el Derecho está actuando constantemente en la vida social de los seres humanos.

Pero, ¿cómo son las Normas Jurídicas? ¿Cómo se manifiestan? ¿Qué propiedades o caracteres comportan? ¿Cuál es su esencialidad, su naturaleza?

2.2. *Caracteres de las Normas Jurídicas*

Aunque más adelante se profundizará en el análisis de la naturaleza y caracteres de las normas jurídicas, así como en su estructura y obligatoriedad y las diversas manifestaciones de las mismas, es necesario adelantar ahora unas nociones previas y elementales que nos permitan identificar las normas jurídicas para delimitarlas y diferenciarlas de las Reglas de Trato Social y de las normas morales.

- *Exterioridad:* Las normas jurídicas, en cuanto que regulan conductas sociales, es decir alterativas o intersubjetivas, tienen como principal objetivo regular conductas externas de los miembros del grupo social, desde la perspectiva de los hechos tal como se manifiestan externamente. Es cierto que el derecho, a veces enjuicia intenciones, lo que es, sin duda un aspecto interno de la conducta. Pero esto solamente puede hacerse en el caso en que tales intenciones hayan sido exteriorizadas por el propio individuo que realiza la conducta, o que haya indicios suficientes para conocer tales intenciones, pues es imposible acceder directamente a la íntima intención el sujeto.

Podemos afirmar que las normas jurídicas sólo existen en tanto que se producen conductas exteriores en las relaciones sociales. Si no existieran estas conductas las normas jurídicas no existirían.

- *Socialidad-alteridad:* Las normas jurídicas comparten con las reglas de trato social la característica de la «*socialitas*» (socialidad) pues, al igual que éstas, regulan siempre conductas de los individuos dentro del grupo social, concebidos como miembros del mismo, es decir conductas intersubjetivas. Y se denominan conductas de alteridad porque se realizan en relación con otro (*alter* en latín) u otros.
- *Heteronomía:* Las normas Jurídicas son heterónomas por dos motivos. *El primero en cuanto al origen,* porque no las crea el propio individuo sino que le vienen impuestas por otros. Y, *en segundo lugar,* porque los sujetos obligados por la norma no se someten a la misma o dejan de obedecerla por su propia voluntad. Las normas jurídicas obligan a sus destinatarios independientemente del juicio que éstas les merezcan. La heteronomía del derecho está presente, por tanto, en dos momentos, en el origen de la norma y en el modo de imponerse al sujeto.
- *Coercitividad:* El derecho es un conjunto de normas cuyo carácter específico de las mismas es la *coercitividad* o *coactividad.* RECASENS SICHES prefiere denominarla *impositividad inexorable* o *inexorabilidad* lo que significa que las normas jurídicas se imponen incondicionalmente, se imponen siempre esté o no de acuerdo el sujeto obligado, lo que supone una diferencia importante de las normas jurídicas frente a otros tipos de normas reguladoras de la conducta humana.

  En efecto, la *impositividad inexorable* o *coercibilidad* implica que las normas jurídicas no dejan al libre albedrío del sujeto la decisión de cumplir o no la obligación establecida, o lo que es lo mismo el cumplimiento de la norma se realiza incluso por la fuerza.

  Y, en el caso de que, a pesar de la coercibilidad de la norma jurídica, se hiciera imposible el cumplimiento de la obligación se impondría una pena que es una manifestación secundaria de la coercibilidad, que, a su vez, también (la pena) posee la característica de la coercibilidad.

IV. CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE NORMAS MORALES, REGLAS DE TRATO SOCIAL Y NORMAS JURÍDICAS

De todo cuanto hemos expuesto en las páginas que anteceden se deducen claras coincidencias o semejanzas y diferencias entre las Normas Morales, las Reglas de Trato Social y las Normas Jurídicas. No es posible afrontar hora un análisis pormenorizado y profundo de todas las identidades o diferencias existentes entre ellas.

Pero sí analizaremos brevemente aquellos aspectos más llamativos y suficientes para poder diferenciar unas normas de otras porque se trata de caracteres que pertenecen a la estructura misma de la norma. Para ello quizá lo más ilustrativo e intuitivo sea elaborar un cuadro que nos permita visualizar las coincidencias y diferencias que existen entre los caracteres de los tres tipos de normas de la conducta humana. Veamos.

COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS NORMAS MORALES, LAS REGLAS DE TRATO SOCIAL Y NORMAS JURÍDICAS.

NORMAS MORALES	REGLAS DE TRATO SOCIAL	NORMA JURÍDICAS
Individualidad (Unilateralidad) (Inmanencia)	*Socialidad (Alteridad) (Bilateralidad)*	*Socialidad (Alteridad) (Bilateralidad)*
Interioridad, (intimidad), (intencionalidad)	*Exterioridad*	*Exterioridad*
Autonomía	*Heteronomía*	*Heteronomía*
No Coercibilidad (Coercibilidad subjetiva)	*Coercibilidad objetiva por el origen y subjetiva en cuanto a la eficacia*	*Coercibilidad objetiva (Impositividad inexorable)*
Sanciones subjetivas. Dependen de la voluntad del propio sujeto	*Sanciones indeterminadas, aleatorias e impuestas por el grupo social*	*Sanciones objetivas, tasadas y explicitadas en las normas. Las imponen los jueces*

1º) *Individualidad-socialidad*: Por el carácter de las conductas reguladas podemos afirmar que las normas morales son de carácter individual mientras que las de Reglas de Trato Social y las Normas Jurídicas son de carácter alterativo.

Lo cual quiere decir que, mientras que la moral enjuicia las conductas humanas desde la perspectiva de los valores individuales o personales, en cuanto que afectan solamente al sujeto que realiza una conducta, las Reglas de Trato Social y las Normas Jurídicas, sin embargo, enjuician y regulan el comportamiento humano desde el punto de vista de las repercusiones de ésta sobre otras personas con el fin de ordenar la convivencia y la cooperación social.

2º) *Intimidad-Exterioridad:* También en cuanto al carácter de las conductas reguladas se ha afirmado habitualmente que la moral regula solamente las conductas

internas del sujeto mientras que las Reglas de Trato Social y las Normas Jurídicas se circunscriben a la regulación de conductas externas de los seres humanos.

Diríamos que el punto de partida de las normas morales es el ámbito de las intenciones que pertenece a la esfera íntima de la conciencia, mientras que las normas de carácter social (Usos Sociales y Normas Jurídicas) se centran en la regulación exterior del comportamiento humano.

Desde esta perspectiva algunos autores afirman que la moral es una normatividad *subjetiva* y *unilateral* o *unidireccional* porque frente al sujeto obligado no existe ninguna otra persona legitimada para exigir el cumplimiento del deber establecido en la norma moral. Sin embargo el derecho es objetivo y esencialmente bilateral (bidireccional) puesto que las normas jurídicas al mismo tiempo que imponen la obligación de un sujeto establecen la correlativa facultad de exigencia del cumplimiento por parte de otro.

Evidentemente no tratamos de dividir las acciones humanas en internas y externas, pues toda conducta tiene, a la vez una dimensión interna, íntima y una dimensión o expresión externa. Queremos simplemente afirmar que la moral se centra fundamentalmente en la regulación de la interioridad, mientras que el Derechos y los usos sociales contemplan la dimensión de la exterioridad de las acciones, prescindiendo de las intenciones o de la dimensión que pertenece al santuario de la conciencia.

3º) *Autonomía-Heteronomía:* Siguiendo la filosofía ética kantiana se afirma que la moral es constitutivamente autónoma porque es el propio sujeto quien establece el umbral de la moralidad y por tanto la norma de comportamiento. En tal sentido las normas morales existen para el individuo sólo si éste les confiere su asentimiento o reconocimiento, es decir, si se siente obligado al cumplimiento de la norma. Afirmamos, por tanto que la moral es autónoma porque depende de la libre voluntad del sujeto el adherirse o no a la norma, el aceptar o no dicha norma como un código de conducta que le vincula.

En cambio el Derecho es heterónomo porque, como hemos dicho anteriormente no las crea el propio individuo sino que le vienen impuestas por otros y porque la obligación de su cumplimiento no depende de su voluntad sino de la voluntad de la sociedad que, a través del legislador, viene establecida en la propia norma. Es decir que tanto la creación de la norma como la obligación establecida viene heterónomamente impuesta.

4º) *Coercibilidad-Incoercibilidad:* Las normas morales son incoercibles dado que el cumplimiento del deber impuesto depende de que el sujeto acepte o no dicha norma o la obligación en ella contenida.

Las normas jurídicas, en cambio son coercibles y obligan inexorablemente, pues tanto la creación de la norma como los deberes en ella establecidos vienen exigidos desde fuera y no dependen del libre albedrío del sujeto obligado.

Más problemática se plantea esta cuestión cuando nos referimos a las Reglas de Trato social. Es cierto que éstas se van generando de manera impersonal y, cuando nacemos, las encontramos establecidas en el seno del grupo social al que vinculan. Son heterónomas en el sentido de que no las crea el individuo y, si éste pertenece a un grupo social en el que están vigentes determinadas reglas sociales le vinculan, independientemente de que éste las acepte o no.

Cuando se produce una infracción de las reglas de trato social se establecen determinadas sanciones, que consiste generalmente en la descalificación social del infractor, el rechazo o pérdida de estimación de los demás. Estas sanciones no vienen establecidas en la norma, son indeterminadas y las impone el grupo, con frecuencia de forma espontánea, improvisada e imprevisible en cuanto a su grado, a diferencia de lo que sucede en la infracción de una norma jurídica cuyas sanciones vienes taxativamente determinadas en las normas y las sanciones son impuestas por los jueces que son los encargados de aplicar las normas jurídicas.

Y es aquí donde puede plantearse el problema respecto al tipo de coercibilidad de las Reglas de Trato Social. Es cierto que las sanciones vienen impuestas por el grupo social pero, en la actualidad, muchas de las sanciones que impone el grupo a los infractores de las reglas (coercibilidad objetiva), no son percibidas como tales por los sujetos, no viéndose afectados por ellas (coercibilidad subjetiva). En estos casos, como en las normas morales podríamos decir que las sanciones sólo serían tales si el sujeto infractor se siente afectado por ellas. Si no se siente reprobado estaríamos ante una situación cuya sanción depende de que el propio sujeto la asuma como tales, se sienta o no sancionado, es decir las sanciones tienen un alto componente de autonomía del sujeto. Por ello podemos decir que la coercibilidad es objetiva por el origen de la sanción (ajena al sujeto) pero subjetiva en cuanto a la eficacia (si ésta se hace depender de la aceptación del individuo).

Referencias bibliográficas

Si desea ampliar profundizar o contrastar las explicaciones de este tema puede encontrar ayuda en:

ARA PINILLA, I. *Teoría del Derecho,* 2ª edic. Ediciones JB, Madrid 2005.
ARANGUREN, J.L., *Ética,* Alianza Editorial, Madrid, 1979.
DE LUCAS, J., (coord.), *Introducción a la teoría del Derecho,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 43-68.
FERNÁNDEZ-GALIANO, A. *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho,* Editorial CEURA, Madrid, 1986.
MARTÍNEZ MORÁN, N. Y DE CASTRO CID, B. (Coords.), *Diecisiete lecciones de Teoría del Derecho,* Editorial UNIVERSITAS, Madrid, 2011.
PÉREZ LUÑO, A, *Teoría del Derecho. Una concepción de la Experiencia jurídica,* Editorial Tecnos, 8ª edic., Madrid 2009.
PRIETO SANCHÍS, L. Y OTROS, *Lecciones de Teoría del Derecho,* McGraw-Hill, Madrid, 1997.
RECASENS SICHES, L. *Introducción al Estudio del Derecho,* Editorial Porrúa, México 1981.
SORIANO, R. *Compendio de Teoría General del Derecho,* Editorial Ariel, Barcelona 1986.

Ejercicios de autoevaluación

1. Diferencias entre norma social y ley física.
2. Explica los diferentes significados de moral.
3. Explica los diferentes tipos de ética.
4. Explica en qué sentido decimos que el hombre es un ser social.
5. ¿Cómo definirías las reglas de trato social?
6. ¿Cuáles son los caracteres diferenciadores de las reglas de trato social? Explícalos brevemente.
7. ¿Cuáles son los caracteres diferenciadores de las normas jurídicas? Explícalos brevemente.
8. Razona las principales diferencias entre las normas morales y las normas jurídicas.
9. Explica las diferencias entre las norma jurídicas y las reglas de trato social.

TEMA 2.
Carácter pluridimensional de Derecho

Mercedes Gómez Adanero

Sumario

I. *Concepto de Derecho.* 1. La presencia del Derecho en la vida social. 2. Sentimiento de lo jurídico. 3. Caracteres del término Derecho. 3.1. Ambigüedad del término Derecho. 3.2. Vaguedad del término Derecho. 3.3. Emotivismo del término Derecho. II. *Principales conceptos de Derecho. Iusnaturalismo y Positivismo jurídico.* 1. El Iusnaturalismo. 2. El Positivismo jurídico. 3. Conceptos renovadores del iusnaturalismo y el positivismo jurídico en la actualidad. III. *Las dimensiones del fenómeno jurídico. La Teoría Tridimensional de Derecho.* 1. Dimensión normativa (valided). 2. Dimensión fáctica (eficacia). 3. Dimensión valorativa (justicia). 4. Unidad de todas las dimensiones del Derecho. IV. *Derecho objetivo y derecho subjetivo: concepto y relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo.* V. *Derecho público y derecho privado.*

Objetivos

Este tema se ocupa de poner de manifiesto como la vida social de los hombres requiere de un orden que le viene proporcionado por el Derecho. Para averiguar que es, como se manifiesta y que objetivos persigue el Derecho, se ofrece una aproximación al concepto del mismo, que es un objetivo no exento de dificultades, como se pone en evidencia a lo largo del desarrollo de esta lección.

Conforme se va haciendo una aproximación al fenómeno jurídico y se esclarecen sus distintas dimensiones, se van exponiendo diversas teorías acerca de las distintas concepciones sobre el Derecho.

Resumen

La *Teoría del Derecho* tiene como uno de sus principales objetos definir un concepto del Derecho. Es este un objetivo complicado ya que el Derecho es un fenómeno complejo.

A consecuencia de esta complejidad hay muchas definiciones del Derecho, por lo que el Derecho es, como objeto de conocimiento, una realidad de difícil o imposible definición por dos motivos fundamentales: 1– porque el término Derecho tiene diversos *significados* en el uso del lenguaje. 2– porque son diversas las perspectivas filosóficas desde las que se observa el fenómeno jurídico, lo que provoca que haya diversas maneras de determinar cuál es el objeto de su conocimiento, que es lo que en definitiva puede ser considerado cómo Derecho.

No obstante, la Teoría del Derecho sí que puede arrojar luz sobre lo que es el Derecho, analizando sus diversos significados, y poniendo de manifiesto los distintos enfoques de conocimiento de la realidad jurídica, y las diversas teorías que se ocupan de esclarecer el concepto de Derecho.

Una de estas teorías es la denominada *Teoría tridimensional del Derecho*, que destaca en el fenómeno jurídico tres *dimensiones* básicas: es *norma*, es *hecho social*, y es *valor*, y pone de manifiesto como no se puede conocer el Derecho si no se tienen en cuenta estas tres dimensiones.

A partir del estudio de estas dimensiones del Derecho se introducen los conceptos de *validez, eficacia y justicia* de las normas jurídicas.

Por último nos ocuparemos de dos distinciones terminológicas del fenómeno jurídico, la dicotomía entre Derecho objetivo y derecho subjetivo, y la que se establece entre los términos Derecho público y Derecho privado.

I. CONCEPTO DE DERECHO

La elaboración de un concepto del Derecho es la cuestión básica y fundamental de la Teoría del Derecho.

Definir el concepto de Derecho entraña una gran dificultad porque el término Derecho se utiliza en el lenguaje ordinario con muy diversos significados. Esta polisemia del término Derecho obliga a analizar sus diversos usos. Además de esta dificultad, cabe añadir otro problema para alcanzar un concepto del Derecho, ya que la Teoría del Derecho se elabora desde una concepción filosófica concreta, y dependiendo de la ésta, el resultado acerca de lo que se entiende por Derecho puede llevar a concepciones del Derecho no solamente diferentes, sino incluso enfrentadas entre sí.

No obstante elucidando los diversos significados del término Derecho, y teniendo en cuenta la concepción teórica de la que parte cada propuesta conceptual acerca del Derecho, podemos aproximarnos a un concepto de Derecho capaz de hacer comprensible el fenómeno jurídico.

Para ello, vamos a proceder, exponiendo en primer lugar cómo se manifiesta el Derecho en tanto fenómeno social.

1. La presencia del Derecho en la vida social

El Derecho es un fenómeno social, observable en todas las sociedades actuales. Pero, ¿ha sido siempre así? Algunos autores sostienen que el Derecho es propio de las sociedades civilizadas con un alto grado de desarrollo social. Otros, sin embargo, afirman que toda sociedad, por primitiva que sea, posee un modo de organización y que en cualquier modelo de organización social está presente el Derecho. Un antiguo aforismo romano, *Ubi societas, ibi Ius*, afirma que allí donde *hay sociedad, hay Derecho*, sea cual sea el grado de desarrollo social de cada sociedad.

Parece que esta última opinión es la más aceptable porque si bien es cierto que una sociedad tribal primitiva no se parece a una sociedad actual, sí que puede observarse un grado de similitud en la manera en que todas ellas se organizan, igual que entre los diferentes sistemas jurídicos actuales podemos encontrar diversos grados de similitud, ya que toda sociedad necesita resolver sus conflictos y establecer un determinado orden social, y para ello es para lo que surge el Derecho.

Pero, ¿todos los conflictos sociales se resuelven mediante el recurso al Derecho? La respuesta es que no, ya que si bien es cierto que el Derecho regula muchos de nuestros actos, no se ocupa de regular todas nuestras acciones, sino solamente aquellas que tienen una especial relevancia social por su importancia para preservar su cohesión.

No obstante, el Derecho regula muchos más actos de nuestra vida de los que en principio pensamos. La presencia del fenómeno jurídico es tan frecuente que en muchas ocasiones no somos conscientes de ello: por ejemplo, si al salir de casa tomamos el autobús o el metro, estamos realizando un contrato de transporte, si compramos un periódico, o la cesta de la compra estamos realizando un contrato de compraventa, y todo ello se realiza conforme a lo establecido en las leyes.

Otros actos son percibidos como jurídicos de una manera más explícita, aunque sean igualmente habituales, como es el caso de otorgar testamento, solicitar inscripciones en el registro civil, o interponer una demanda.

En cualquier caso, cada sociedad seleccionará aquellas acciones que considere relevantes, aunque eso suponga penetrar en esferas de la vida humana procedentes del ámbito económico, político, religioso o de la más estricta privacidad, como es el caso de la regulación del matrimonio o de las relaciones familiares.

2. El sentimiento de lo jurídico

Hemos puesto de manifiesto la constante presencia del fenómeno jurídico en la sociedad, pero también es posible destacar la presencia de un sentimiento jurídico en el ser humano bajo la forma psicológica del sentimiento de lo jurídico como intuición de la justicia ante situaciones conflictivas, percibidas como justas o injustas, aunque no debemos olvidar que esta percepción varía conforme se modifican las pautas

sociales de comportamiento, como son las formas extremas de discriminación, la esclavitud, los sacrificios humanos o las torturas, que son costumbres que hoy consideramos inaceptables.

No obstante puede observarse como muchos seres humanos reaccionan con un sentimiento de aprobación ante situaciones que consideran justas, o de rechazo cuando se enfrentan a actos que provocan injusticias. Del mismo modo se puede observar que para muchos existe un sentimiento de aceptación del Derecho, así como el convencimiento de que las normas jurídicas deben ser cumplidas, lo que se traduce en un hábito de observancia de lo preceptuado en la ley. Este sentimiento jurídico desempeña una importante función por lo que se refiere a lograr una implantación efectiva de la justicia social, así como de la obediencia al Derecho y el consiguiente logro de que la convivencia social se desarrolle de una forma justa y pacífica.

Hasta aquí hemos arrojado luz acerca del fenómeno jurídico observando su presencia en la vida social de los hombres y la función que cumple en el desarrollo de la misma. Pero como decíamos al principio, también es necesario para aproximarnos al concepto de Derecho, aclarar el significado y las características de este término en sus diversos usos, lo que hacemos a continuación.

3. Caracteres del término Derecho

El término Derecho es un término afectado de *polisemia, multivocidad* o *porosidad,* según el término que prefiramos emplear. Lo que quiere decir que se usa con *diferentes significados.* Lo que tiene como consecuencia que este término se caracterice por su *ambigüedad, vaguedad* y *emotividad.* A continuación analizamos estas características, lo que nos va a permitir poner de manifiesto la dificultad que entrañan los diversos significados y modos de percibir el término Derecho y también las posibilidades que desde este análisis tenemos para elucidar convenientemente el significado de la palabra Derecho y el acercamiento a un posible concepto del fenómeno jurídico.

3.1. *Ambigüedad del término Derecho*

La palabra *Derecho* tiene diversos significados porque se usa en el lenguaje ordinario para designar objetos diferentes, o lo que es lo mismo, podemos afirmar que el término derecho es un término *ambiguo.* Observemos como en las siguientes frases el término «derecho» tiene significados distintos.

1) el *Derecho* civil español regula la institución del matrimonio ——— *norma o conjunto de normas jurídicas*
2) tengo *derecho* a preservar mi intimidad——————————— *facultad o poder*
3) Voy a matricularme en el *Grado en Derecho* ——————————————— *ciencia*
4) ¡no hay *derecho* a que existan tantas desigualdades sociales! ——— *valor, justicia*

En la primera frase se utiliza el término «*Derecho*» como sinónimo de *norma o conjunto de normas jurídicas*. Hace referencia a las normas vigentes en un país (Derecho español), en un momento histórico determinado (Derecho medieval, o actual) o que se refieren a un sector concreto de las relaciones sociales o a concretas instituciones jurídicas (Derecho civil, Derecho procesal, Derecho mercantil...). El conjunto de normas vigentes se denomina *Derecho objetivo* y de forma sinónima con el término *Derecho positivo* en cuanto que sus preceptos han sido puestos, dictados, o reconocidos por el Estado. En estos casos, el término *Derecho* se escribe con *D mayúscula*.

En la segunda acepción la palabra «*derecho*» significa *facultad* o *poder*, lo que se denomina *derecho subjetivo*. Los *derechos subjetivos* se suelen definir como las situaciones de poder concreto amparadas por las leyes; «*tener derecho a...*» significa ostentar el poder de exigir a una persona concreta, o a todos en general, la observancia de una determinada conducta. Cuando nos referimos a esta acepción del término, como *derecho subjetivo*, utilizamos la grafía de la palabra *derecho* con *d minúscula*.

En el tercer sentido, el uso de la palabra *Derecho* hace referencia a la *Ciencia del Derecho*, que tiene por objeto el estudio o reflexión sobre las distintas manifestaciones de la realidad jurídica. También es este caso se utiliza la grafía con *D mayúscula*. O bien, el término *Jurisprudencia* con *mayúscula*. A este respecto, es necesario introducir aquí una nueva distinción semántica, ya que el término *jurisprudencia* con *minúscula* se utiliza para denominar al *conjunto de decisiones judiciales*.

En la cuarta acepción la palabra *derecho* se utiliza como sinónimo de *justicia*, o *ideal de justicia*. Al usar la expresión «*¡no hay derecho!*» comparamos una conducta, una norma, o una actuación del poder con un *ideal de justicia*; y dicha expresión sirve para rechazar la conducta, la norma o actuación como contraria a lo que entendemos que *debe ser*. E la grafía del término *derecho* con *d minúscula*.

Por consiguiente, resulta imprescindible remitirse al contexto en que se utiliza la palabra Derecho, si queremos conocer cuál de estas acepciones se está utilizando y tener siempre en cuenta que todas estas acepciones están relacionadas entre sí, como manifestaciones diversas del fenómeno jurídico.

3.2. *Vaguedad del término Derecho*

Junto a la ambigüedad, puede decirse que el término *Derecho* es vago. La *vaguedad* del término deriva de la falta de acuerdo sobre los caracteres que determinan que

un sistema normativo o una norma puedan ser considerados como jurídicos: por ejemplo, desde posiciones *iusnaturalistas* se exige necesariamente el carácter *justo* de las normas para considerarlas jurídicas, siendo ésta una necesidad que se niega desde el positivismo. O por ejemplo, desde posiciones *positivistas* se puede cuestionar el reconocimiento como jurídico al Derecho internacional, ya que le falta el carácter coactivo tal y como aparece en los ordenamientos jurídicos estatales.

3.3. *Emotivismo del término Derecho*

Y por último, vamos a hacer referencia a otras características del término Derecho, podemos afirmar que el término Derecho es un término *emotivo*. La carga emotiva que acompaña al término *Derecho* es también un rasgo compartido con otros términos del lenguaje. En muchas ocasiones utilizamos términos, como por ejemplo *democracia, libertad, igualdad,* mediante los cuales no nos limitamos a describir la realidad. Con el empleo de estos términos también provocamos, consciente o inconscientemente, reacciones en nuestros interlocutores, al tiempo que podemos estar expresando concepciones o puntos de vista personales con una importante carga ideológica, lo que sin duda puede dificultar la comprensión entre los sujetos que los utilizan.

El carácter emotivo del término Derecho se hace particularmente visible cuando se utiliza como sinónimo de justicia y la discrepancia en cuanto a su alcance y significado constituye la raíz de muchas disputas doctrinales acerca de la cuestión de qué normas puedan ser o no ser consideradas como *Derecho válido*.

II. PRINCIPALES CONCEPCIONES DEL DERECHO. IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO

Como ya se ha dicho, las dificultades para definir el Derecho no solamente provienen del carácter polisémico del término sino que además debemos tener en cuenta que existen distintos modelos de explicación desde los que comprender lo jurídico. El Derecho es algo que se da en momentos determinados de la historia, de aquí que su concepto haya variado de acuerdo con las transformaciones históricas de la sociedad y el modo en que ésta se ha organizado, y su comprensión también se produce conforme a los modos de conocimiento históricamente vigentes.

A estas dificultades se añade una tercera, la que proviene de la dificultad de determinar el objeto jurídico. Si existen diversas concepciones sobre que sea el Derecho, se debe también a que no hay acuerdo sobre el contenido del objeto a definir. Y, así, para algunos, el Derecho es exclusivamente un sistema *normativo*; para otros, el Derecho es resultado de la *aplicación* de dichas normas, y para otros, sólo podemos llamar Derecho a las *normas* que sean *justas*. De la diversas orientaciones en pugna

a la hora de definir el Derecho aquí sólo se abordarán algunas de las más importantes: el Iusnaturalismo, Positivismo jurídico, y algunas doctrinas renovadoras del iusnaturalismo y el positivismo jurídico en la actualidad.

1. El Iusnaturalismo

Las primeras *doctrinas iusnaturalistas* surgen en Grecia en el siglo VI a C y llegan con gran diversidad de matices hasta la actualidad. No obstante, todas las doctrinas iusnaturalistas coinciden en una afirmación radical que constituye el fundamento de todas ellas. Esta afirmación consiste en entender que junto a las *leyes positivas*, es decir que provienen de la *actividad del legislador*, existen otras leyes que son propias de la *naturaleza del hombre*, las denominadas *leyes naturales*, que bien proceden de un *mandato divino*, o bien de la propia *naturaleza racional* de los hombres.

Estas leyes naturales determinan el contenido de la justicia y por consiguiente son el referente desde el cuál el derecho positivo puede ser calificado de justo o injusto y, en consecuencia, de verdadero Derecho o de Derecho sólo aparente. Por ello, se considera de manera habitual que el iusnaturalismo es una *doctrina dualista*, que afirma la existencia de *dos Derechos*, o *sistemas jurídicos*; por una parte el *derecho natural*, modelo de toda legislación positiva, válido para todas las épocas y los pueblos; por otra, el *derecho positivo*, que sólo es válido allí donde se promulga. Algunos autores subrayan, en cambio, que el iusnaturalismo es más bien una *doctrina monista*, pues dicha doctrina considera que el *Derecho* es *un único sistema jurídico*, formado por el derecho natural y el derecho positivo. Dentro de este planteamiento, el punto de vista más tradicional entiende que el derecho positivo sólo forma parte del sistema jurídico en la medida en que es acorde con el derecho natural, cuando no se da dicha concordancia el derecho positivo no puede considerarse verdadero Derecho, Derecho válido, puesto que las normas que no se ajustan al derecho natural no son justas. En este sentido, San Agustín afirmaba que «*la ley que no es justa no parecía ser ley*» y Santo Tomas entendía que «*la ley humana que se separa del derecho natural no es ley sino corrupción de ley*».

2. El Positivismo jurídico

La admiración que los científicos experimentaron por las ciencias físicas y las matemáticas a partir del siglo XVII dio origen a que los estudiosos del Derecho abandonasen los estudios *metafísicos* del Derecho, propios del iusnaturalismo jurídico, y tratasen de determinar el objeto del conocimiento jurídico asimilándolo a los objetos propios de las ciencias positivas, es decir un objeto observable, cuantificable y sobre el que pudiera caber la *experimentación*, respecto del cual, en definitiva, fuera posible alcanzar un conocimiento científico, determinándose que este elemento no podía

ser sino el conjunto de leyes creado por el legislador, o lo que es lo mismo el *Derecho puesto por los hombres*, o *Derecho positivo*. La consecuencia inevitable fue la negación del Derecho Natural como auténtico Derecho y el abandono del estudio esencialista del Derecho. Para la ciencia positiva del Derecho solo cabe estudiar el Derecho como un fenómeno histórico y social. Precisamente este es el origen de que el conocimiento científico del Derecho positivo, se diversifique, y en tanto que éste sea también un hecho social se explica desde perspectivas históricas y sociológicas, dando origen junto a las *ciencias normativas sobre el Derecho*, al *Historicismo jurídico* y a la *Sociología del Derecho*.

Las ciencias normativas del Derecho positivo comienzan su andadura con el denominado *positivismo legalista* que surge asociado a la *codificación* y que identifica al Derecho con la Ley. La Ley es el producto de la actividad del legislador, quién representa al pueblo soberano y canaliza su voluntad, de aquí que se considere inalterable y se sacralice como producto de la *voluntad general*. Este modelo de ciencia jurídica es el que dio origen a la *Escuela de la Exégesis*, que dominó los ambientes científicos del Derecho durante el siglo XIX, adentrándose hasta el siglo XX, en el que finalmente las ciencias normativas culminan en el denominado *Normativismo jurídico*, singularmente representado en la obra de uno de los más importantes juristas del Siglo XX, *Hans Kelsen*. El objeto de conocimiento del *Normativismo jurídico* se concreta en el derecho creado por el legislador estatal, bien de forma directa, bien por delegación en otros agentes creadores de Derecho quienes actúan siempre conforme a lo dispuesto por las leyes del Estado.

Por su parte, El *Historicismo jurídico* tuvo su origen en la *Escuela Histórica del Derecho*, fundada en el siglo XIX por *Frederich Karl von Savigny*. Esta escuela considera que el objeto de la ciencia histórica del Derecho es el derecho que proviene del «*espíritu del pueblo*», o lo que es lo mismo, de la evolución social de cada pueblo y no un conjunto de mandatos provenientes de la voluntad de los legisladores.

Por lo que se refiere a la *Sociología del Derecho*, se origina en el siglo XX, en torno a dos escuelas, el *movimiento de Derecho Libre*, representado significativamente por *Hermann Kantorowicz* y *Eugen Ehrlich*, a quién se considera su creador, y los *realismos jurídicos*, cuyo principal exponente es el *realismo jurídico escandinavo*, cuyos más destacados representantes son *Alf Ross* y *Karl Olivecrona*. Para todos los representantes de estos movimientos, el auténtico derecho positivo no son las normas que provienen de la voluntad estatal, sino los hechos jurídicos sociales extraestatales, la *facticidad social* que es también el origen del Derecho estatal.

3. Concepciones renovadoras del iusnaturalismo y el positivismo jurídico en la actualidad

Las tesis iusnaturalistas, como hemos visto, fueron superadas por el positivismo jurídico, pero ambos sistemas doctrinales continúan teniendo defensores, bien en su

forma tradicional, bien en nuevas versiones que tratan de armonizar, fundamentalmente, la inclusión de normas, principios, valores, y en ocasiones también la facticidad, en sus propuestas.

En este sentido, *Ronald Dworkin* en su obra *Los derechos en serio* sostiene que el Derecho no se compone sólo de *reglas*, sino también de *principios éticos* a los cuales hay que atender a la hora de establecer cuál es el derecho válido.

Este planteamiento ha disfrutado de gran repercusión porque explica la validez de las normas en sistemas jurídicos como los actuales, presididos por constituciones con amplios catálogos de valores que han de ser aplicados por los diferentes poderes estatales. La *validez* del Derecho en este tipo de sistemas depende de que el órgano legitimado para producirlas respete los *procedimientos formales* previstos para ello, pero precisa también que las normas promulgadas así como las sentencias judiciales sean *materialmente coherentes con los valores o principios constitucionales* que provienen de un *orden moral previo* a la propia Constitución.

Otra destacada doctrina armonizadora, es la denominada *doctrina multívoca o pluridimensional del Derecho*. Según esta doctrina, el fenómeno jurídico no puede ser comprendido sin ahondar en el estudio del Derecho como un fenómeno complejo que va desde la realidad normativa hasta la vida social, analizando la interacción de las normas con la sociedad, puesto que el Derecho es un fenómeno de la realidad o mundo de la experiencia, y en este sentido determinan que el Derecho es *una experiencia de la acción humana en la sociedad*. Una de las teorías desarrolladas en el seno de estas doctrinas multívocas que goza de gran predicamento en nuestro tiempo y muy singularmente en España, es la denominada *Teoría tridimensional del Derecho*, cuya primera manifestación fue elaborada por el profesor brasileño Miguel Reale, a cuya explicación dedicamos el siguiente epígrafe.

III. LAS DIMENSIONES DEL FENÓMENO JURÍDICO. LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

Miguel Reale elaboró una teoría pluridimensional del Derecho que configura como Teoría tridimensional del Derecho, afirmando que «*donde quiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un* ***hecho subyacente*** *(hecho económico, demográfico, de carácter técnico, etc.); un* ***valor*** *que confiere determinada significación a ese hecho, inclinando o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y, finalmente,* ***una regla o norma*** *que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro; el hecho en el valor, y el valor en las normas*».

Así pues el Derecho debe ser considerado *simultáneamente* como *hecho, valor* y *norma*, porque «*tales elementos o factores (hecho, valor y norma) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta. Más aún, esos ele-*

mentos o factores no sólo se exigen recíprocamente sino que actúan como los elementos de un proceso de tal modo que la vida del Derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran». Por consiguiente *estas tres dimensiones del Derecho no pueden estudiarse aisladamente*, ya que solamente teniéndolas en cuenta de forma simultánea puede ofrecerse una *visión integral del Derecho*, que es precisamente el propósito de las *doctrinas multívocas o pluridimensionales de Derecho*, entre las cuales se ubica esta Teoría tridimensional del Derecho de Miguel Reale.

A continuación se exponen brevemente estas tres dimensiones del fenómeno jurídico:

1. Dimensión normativa (validez)

La *dimensión normativa* del Derecho trae causa de la afirmación de que el Derecho está compuesto por *normas*. Mediante las normas se pretende conseguir unos *fines* a través del establecimiento de determinados *patrones de conducta*. Estas conductas se prescriben como obligatorias, prohibidas o permitidas. Además, las normas jurídicas, a diferencia de otros tipos de normas sociales, son *mandatos* exigibles de forma *imperativa*, y las conductas que se preceptúan en ellas pueden ser exigidas *coactivamente*.

Relacionada con el elemento *normativo* del Derecho está la cuestión de la *validez* de las normas. Sin perjuicio de la explicación más detallada respecto a la validez que se expone en el tema 3 de este mismo libro, es necesario exponer aquí la importancia de la relación entre norma y validez, ya que remite al reconocimiento de la propia existencia de las normas jurídicas como integrantes de un sistema jurídico determinado.

Decir que una norma es una norma jurídica valida significa reconocer que esa norma concreta forma parte de un sistema jurídico, y que por consiguiente es Derecho.

2. Dimensión fáctica (eficacia)

La *dimensión fáctica* expresa la presencia del Derecho en todo grupo social; el Derecho es un *hecho social normativo* como lo es la economía o la política. Como ya hemos dicho, el Derecho regula relaciones que se producen en los grupos sociales y siempre está presente en toda sociedad. Todos los grupos sociales se organizan con arreglo al imprescindible objetivo de preservar su *cohesión* y de garantizar *la paz social*, y para el cumplimiento de estos fines es necesaria la cooperación por parte de todos; Es por ello que el cumplimiento del contenido de esta cooperación no queda a voluntad de los sujetos obligados, sino que se exige imperativamente en la forma en que se establece en las normas jurídicas. Por lo que el Derecho es un hecho social imprescindible para la existencia de los grupos sociales. Entre el *Derecho* y la *sociedad* se establecen relaciones necesarias: el Derecho necesita a la sociedad como la

materia propia de su regulación (el Derecho sólo regula conductas sociales), y la sociedad necesita al Derecho para poder subsistir, ya que a través de las normas jurídicas le proporciona un orden con suficiente eficacia.

Así como en el caso de la dimensión normativa es necesario poner ésta en relación con la validez, la *dimensión fáctica* llama a la cuestión de la *eficacia*. Como adelanto a la explicación extensa sobre la cuestión de la eficacia que se expone en los temas 3 y 5, anticipamos que la *eficacia* de una norma alude al *grado de aceptación y cumplimiento* de la misma en la sociedad, esto es, si los destinatarios ajustan su conducta a lo prescrito por la norma, y si la aplican los jueces y los demás operadores jurídicos.

3. Dimensión valorativa (justicia)

La *dimensión valorativa* se refiere a que el Derecho debe orientarse hacia la realización de unos *valores* en la convivencia social de los hombres. Las normas realizan una selección dentro de las conductas posibles e imponen como obligatorias aquellas que se orientan a la consecución de determinados valores. Por consiguiente es imprescindible analizar las normas a la luz de los valores que incorporan al sistema jurídico para alcanzar una comprensión integral del Derecho.

La *justicia* de una norma se refiere a la adecuación de la misma a un sistema de valores. La norma *justa*, por el hecho de serlo, es también *legítima*. El Derecho expresa un punto de vista sobre la justicia; es un sistema normativo que establece pautas de conducta según unos criterios centrados en valores superiores y fines. Esta relación del derecho con la justicia se aborda de forma explícita en el tema 3, bajo el rótulo dela distinción entre legalidad y legitimidad y de forma extensa en la Unidad Didáctica III, dedicada al estudio de la Legitimidad Ética del Derecho.

4. Unidad de todas las dimensiones del Derecho

Estas tres dimensiones del Derecho no se dan por separado, ya que las tres interactúan en todos los momentos de la vida del Derecho, creación de las normas, interpretación, aplicación, etc...Por consiguiente todas ellas tienen la misma importancia en orden a conseguir un conocimiento integral y pleno del Derecho.

IV. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO: CONCEPTO Y RELACIÓN ENTRE EL DERECHO OBJETIVO Y EL DERECHO SUBJETIVO

Los términos *Derecho objetivo* y *derecho subjetivo* significan dos sentidos diferentes del término Derecho. Como ya se ha dicho en el epígrafe 1, *Derecho objetivo*

hace referencia a lo jurídico entendido como *conjunto de normas* que han estado o están vigentes en una determinada sociedad. En este sentido, *Derecho objetivo y Derecho positivo* son términos sinónimos. Mientras que el término *derecho subjetivo* hace referencia a *facultades o poderes* que ostentan los sujetos frente a otros, que les permiten realizar o no realizar determinadas acciones, o bien exigir a otros que actúen por acción u omisión en determinado sentido, al amparo de las norma de derecho objetivo que así lo establecen.

Como puede observarse el *Derecho objetivo* y el *derecho subjetivo* están íntimamente *relacionados*, ya que *la existencia del derecho subjetivo* depende de que haya una *norma de Derecho objetivo que declare su existencia*. No obstante, debemos advertir que el Derecho objetivo, si bien es el fundamento del derecho subjetivo, solamente actúa como norma que prescribe las conductas de una manera abstracta, y por consiguiente, necesita del concepto de derecho subjetivo, ya que solamente cuando se materializan de una forma concreta las conductas, lo determinado en la norma se cumple en la acción de los sujetos.

Ambos conceptos forman parte de otros concepto básico del Derecho, la *relación jurídica*, ya que el *Derecho objetivo* es la *norma* que regula la r*elación*, mientras que los *derechos subjetivos*, son las *pretensiones* que entran en juego en dicha relación al amparo de la norma de Derecho objetivo que las determina.

Un ejemplo de lo expuesto aquí nos permite distinguir estos aspectos de la relación jurídica y sus relaciones: pensemos en las *normas* que regulan la propiedad, estas normas establecen *la relación* del sujeto titular con todos los demás sujetos no titulares, ya que la propiedad se constituye como un *derecho subjetivo* frente a todos los demás sujetos, lo que se expresa con el término latino, *erga omnes*. Las *normas* que regulan la propiedad determinan que el propietario tiene *derecho* a que todos los demás sujetos respeten su titularidad sobre la cosa en propiedad y el ejercicio de sus *derechos* como propietario.

V. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Aunque esta distinción puede tener distintas interpretaciones, la más común es la que hace referencia a los sujetos destinatarios de las normas. Una norma se considera de *Derecho público* cuando regula una relación jurídica en la que interviene *un sujeto investido de potestad pública*, como es el caso del *Estado*. Mientras que se considera que una norma es de *Derecho privado* cuando regula relaciones entre *sujetos particulares*.

Usualmente, en las relaciones jurídicas reguladas por el *Derecho Público*, el *sujeto público* ostenta una situación de *superioridad* sobre el *sujeto particular*, debido a que se considera que el sujeto público representa al *interés general*, frente al *interés privado* de los particulares. No ocurre lo mismo en las relaciones reguladas por el

Derecho privado, ya que en estas los sujetos se relacionan en condiciones de *igualdad*. Si bien, debemos tener en cuenta que, en ocasiones las relaciones de Derecho privado no se producen siempre en posiciones de igualdad, pensemos por ejemplo en las relaciones paterno-filiales, o en las que se establecen entre particulares y potentes empresas multinacionales.

Salvo estas excepciones, por lo general, las normas de *Derecho Público* son *preceptivas* y *excluyen los pactos en contrario*, mientras que las de *Derecho privado* son *dispositivas*, por lo que permiten, en uso de la *autonomía de la voluntad*, pacto en contrario, ya que en este tipo de relaciones se considera que debe primar la *libertad de los sujetos* en el modo de relacionarse con los demás.

Referencias bibliográficas

ALMOGUERA CARRERES, J., *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, Reus, 1995.

ARA PINILLA, I., *Teoría del Derecho*, Madrid, Ediciones JB, Madrid 2005.

ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.

LLANO, FERNANDO H., «Experiencialismo jurídico y teoría comunicacional del Derecho: dos concepciones globales del Derecho», en *Teoría Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. Robles, G. y Barros Carvalho, P. (Coordinadores) Brasil, Noeses, 2011.

MARTÍNEZ MORÁN, N., y DE CASTRO CID, B. (Coordinadores), *Diecisiete lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, UNED y Universitas, 2011 (2ª ed.).

PEREZ LUÑO, A.E. y otros, *Teoría del Derecho, una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2009.

PRIETO SANCHÍS, L, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2007 (2ª ed.).

REALE, M., *Teoría tridimensional del Derecho. Preliminares históricos y sistemáticos*, trad. de SARDINA-PÁRAMO, J.A., Santiago de Compostela, Paredes, 1973.

ROBLES MORCHÓN, G., *Teoría del Derecho*, Pamplona, Civitas, 2015 (6ª ed.).

SEGURA ORTEGA, M., *Teoría del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

VV.AA, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid, UNED, 2010.

Ejercicios de autoevaluación

1. Ponga en relación el Derecho, la sociedad y la necesidad de orden.
2. Aporte algunos ejemplos de situaciones en las que se haya podido encontrar y que le sugieran significaciones de orden jurídico.
3. Explique las razones de la dificultad de la definición del Derecho.
4. Principales acepciones de la palabra «derecho». Explique cada una de ellas.
5. Explique el significado de esta afirmación: «Las dimensiones básicas del Derecho son *norma, hecho social* y *valor*».
6. ¿Qué entiende por *validez, eficacia* y *justicia* del Derecho? Póngalas en relación con las tres dimensiones básicas del Derecho.

7. ¿Qué entiende por *iusnaturalismo*?
8. ¿Qué es *el positivismo jurídico*? ¿Qué versiones conoce?
9. ¿Cómo se pueden distinguir las normas de Derecho Público de las de Derecho privado?
10. Explique la relación existente entre el Derecho objetivo y el derecho subjetivo.

TEMA 3.
El Derecho objetivo

Benito de Castro Cid

Sumario

I. *Las fuentes*. 1. Fuentes materiales. 1.1. Sujetos sociales que tienen capacidad de crear Derecho. 1.2. Protagonismo que corresponde a los distintos sujetos dotados de capacidad creadora. 2. Fuentes formales. 2.1. Las principales formas de manifestación de la normatividad jurídica. 2.2. Jerarquía de las «fuentes formales». II. *Los caracteres*. 1. Exterioridad y alteridad. 1.1. La exterioridad. 1.2. La alteridad. 2. Validez y eficacia. 2.1. La validez. 2.2. La eficacia. 3. Legalidad y legitimidad. 3.1. La legalidad. 3.2. La legitimidad. 4. Vinculatoriedad y coercibilidad. 4.1. La vinculatoriedad. 4.2. La coercibilidad.

Objetivos

Este Tema enfrenta la tarea de aclarar dos cuestiones teóricas que resultan imprescindibles para entender adecuadamente lo que es y significa la realidad a que se refiere la expresión «Derecho objetivo»: de un lado, el problema de su génesis (cuestión de *"las fuentes"*) y, de otro, la pregunta por sus principales rasgos diferenciales (cuestión de *"los caracteres"*).

En el examen de la cuestión de las fuentes, la explicación intentará aportar un poco de luz y orden lógicos a los análisis que vienen haciéndose habitualmente de las llamadas «fuentes materiales» y «fuentes formales» del Derecho, ya que tales análisis caen a menudo en la confusión de aspectos y perspectivas que son estrictamente distintos (aunque no sean del todo independientes).

A su vez, la explicación de los caracteres se centra en el contraste de los que, siendo considerados por muchos estudiosos como fundamentales, tienen al mismo tiempo la capacidad de fijar con precisión el perfil conceptual que distingue al «Derecho objetivo» de las otras diversas realidades jurídicas que vienen siendo designadas desde hace milenios con el nombre *derecho*.

Pero el desarrollo del Tema va dirigido en todo momento hacia el logro de un objetivo general mucho más importante: que sus lectores/estudiantes tomen conciencia de que la Teoría del Derecho es una disciplina constitutivamente 'crítica' (en el sentido de no-dogmática), de modo que tengan siempre presente que la explicación que están leyendo en cada momento no es la única posible ni tal vez la mejor, sino que existen otros autores, a menudo con un destacado prestigio científico, cuya opinión debería ser tenida también en cuenta.

Resumen

Este Tema contiene los siguientes cuatro mensajes básicos:

1. La amplia problemática estudiada tradicionalmente dentro del tema «las fuentes del Derecho» incluye dos cuestiones que deben ser adecuadamente diferenciadas: la relativa a la identificación y valoración de las «fuentes materiales» (identificando éstas con los agentes de producción) y la relativa a las «fuentes formales» (definidas como las formas o modelos normativos utilizados por los diferentes sujetos dotados de la capacidad de crear Derecho).

2. El debate sobre los sujetos sociales que tienen capacidad de crear normas jurídicas se ha desarrollado, a su vez, en dos niveles: el de la identificación de tales sujetos y el de la delimitación del protagonismo que corresponde a cada uno de ellos. En ambos niveles habrá de tenerse en cuenta que los planteamientos doctrinales han estado siempre mediatizados por preocupaciones e intereses netamente políticos; es decir, por las discrepancias sobre la titularidad del control legítimo de la organización social.

3. El estudio de las formas de manifestación del Derecho se estructura también en torno a dos núcleos de atención: su determinación o identificación y la valoración de la importancia que ha de atribuirse a cada una, aspecto este en el que se manifiesta de nuevo con gran vigor la incidencia de las pugnas por el control de ese influyente medio de organización social que ha sido siempre el Derecho.

4. El examen de los abundantes caracteres diferenciales que se le han atribuido a través de los siglos de una forma relativamente constante sería sin duda el camino más seguro para llegar a tener una idea aproximada de *lo que* es el «Derecho objetivo», pese a que la importancia atribuida a cada uno de esos rasgos característicos haya variado bastante de unas épocas a otras y de unos a otros grupos sociales. Sin embargo, la explicación se ocupa solamente de algunos de esos caracteres, entendiendo que el análisis de este reducido número es suficiente para proporcionar el conocimiento esencial de la realidad que figura como contenido didáctico del Tema. Y, así, serán repasados, en forma casi telegráfica estos ocho rasgos: exterioridad, alteridad, validez, eficacia, legalidad, legitimidad, vinculatoriedad y coercibilidad.

Como ha sido indicado ya en el Tema precedente, entre los diferentes significados atribuidos tradicionalmente a la palabra «derecho» destaca el que designa al conjunto de leyes o reglas jurídicas que dirigen el comportamiento de los sujetos que interactúan en el seno de cada una de las organizaciones sociales (de nuestro tiempo o de épocas pasadas). Es la acepción de derecho *como «Derecho objetivo», es*

decir, el sentido que este término tiene cuando aparece en contextos lingüísticos tales como «el Derecho español establece...», «la supremacía del Derecho de la UE es...», «se reconoce generalmente que el Derecho romano fue la matriz...». Podría definirse, pues, el «Derecho objetivo» *como el* ***Derecho-ordenamiento*** *(por contraposición al* ***derecho-facultad*** *o «derecho subjetivo»), una realidad tan compleja que su plena comprensión exige el análisis individualizado de un considerable número de cuestiones, entre las que suelen ser abordadas casi siempre por los estudiosos la relativa a sus "fuentes" y la que se ocupa de sus "caracteres" diferenciales.*

I. LAS FUENTES

El juego cruzado de múltiples intereses políticos ha mantenido siempre viva la atención prestada por la doctrina al debate sobre el protagonismo que ha de atribuirse a los sujetos que pueden intervenir en los diferentes procesos de creación y desarrollo del «Derecho objetivo», así como a los 'envoltorios' formales que tales sujetos han venido utilizando como marca o sello de autentificación. Por eso, parece razonable detenerse, aunque sea brevemente, en el estudio de la amplia problemática que la tradición doctrinal ha venido analizando dentro del epígrafe "fuentes del Derecho".

Ahora bien, al abordar ese examen, no puede ignorarse que la problemática de las fuentes del Derecho se plantea en dos ámbitos netamente diferenciables (aunque este extremo no haya sido tenido siempre en cuenta por los estudiosos). De un lado, el de la identificación y valoración de los agentes de producción de los elementos que integran el ordenamiento; de otro, el de la determinación y valoración de los distintos modelos normativos utilizados para dar forma de 'autentificación' a esos elementos. En el primero (etiquetado como «fuentes materiales») se pretende dilucidar cuáles son y qué protagonismo tienen los sujetos o instancias que pueden (o deben) ser considerados como creadores de esos elementos. En el segundo (bajo el rótulo «fuentes formales») se intenta aclarar cuáles son los tipos normativos homologados por los ordenamientos jurídicos y cuál es el orden jerárquico que corresponde a cada uno.

1. Fuentes materiales

El profesor PÉREZ-LUÑO ha escrito que las fuentes jurídicas materiales son "el conjunto de hechos que determinan la existencia de cada norma en unas determinadas coordenadas espacio-temporales". Parece preferible, sin embargo, reservar la expresión «fuentes materiales del Derecho» para referirse a los sujetos o agentes a los que corresponde, dentro de la organización social, la facultad de crear nuevas normas jurídicas. Y esa va a ser, en consecuencia, la perspectiva en que se va a situar la explicación de este apartado, advirtiendo previamente que la pregunta por tales fuentes ha

de ser contestada a través de dos tipos básicos de análisis: el que apunta a la simple identificación de esos sujetos y el que intenta determinar la jerarquía u orden de importancia que corresponde a cada uno de ellos.

1.1. *Sujetos sociales que tienen capacidad de crear Derecho*

Frente al autismo metodológico de quienes, como el gran jurista austríaco H. KELSEN, han afirmado que las fuentes materiales del Derecho sólo pueden estar dentro del propio ordenamiento jurídico de referencia, parece razonable entender que de lo que se trata realmente cuando se pregunta por los agentes creadores de Derecho es de averiguar cuáles son los sujetos de poder que, dentro de cada sistema de organización social, tienen atribuida la potestad de establecer normas jurídicamente vinculantes. De modo que la búsqueda de las fuentes en las que nace el Derecho tendrá que extenderse a todo el sistema de organización social del que cada ordenamiento jurídico no es más que un sectorial subsistema normativo

Se llegará así a dos interesantes conclusiones. En primer lugar y dentro del plano descriptivo, que el número y la identidad de los sujetos sociales que a través de las diversas épocas y en las distintas sociedades han actuado o actúan como instancias productoras de normas jurídicas son prácticamente ilimitados[1]. En segundo lugar y dentro de un planteamiento valorativo, que el propio carácter constitutivamente social de la normatividad jurídica apunta hacia la posibilidad y conveniencia de que los procesos de creación y desarrollo del Derecho estén abiertos a las aportaciones de todos los agentes sociales, dentro de una compleja interacción convergente.

1.2. *Protagonismo que corresponde a los distintos sujetos dotados de capacidad creadora*

En este punto ha de reconocerse que la primacía que se ha venido atribuyendo a los diferentes sujetos ha variado profundamente de unas épocas a otras e, incluso dentro de la misma época, de unas a otras sociedades. Así, puede comprobarse cómo esa primacía ha ido pasando sucesivamente, a lo largo de la historia, de la comunidad social global a los órganos jurisdiccionales, de éstos al príncipe, del monarca al pue-

[1] Probablemente no ha existido ningún «sujeto» relevante dentro de la organización social que no haya sido en algún momento y de alguna forma protagonista de la dinámica creadora del Derecho. Así, por ejemplo, los dioses, los antepasados, la sociedad global, los reyes, la familia, las iglesias, los grupos o clases sociales, las ciudades, los juristas, los jueces, los parlamentos, los gremios, los comerciantes, los sindicatos de trabajadores, las organizaciones de empresarios, las comunidades regionales, los Estados o las organizaciones internacionales de Estados han llegado a tener un especial protagonismo en algún momento de la historia de la humanidad.

blo soberano constituido en asamblea legisladora y, finalmente, de las cámaras legislativas al reducido núcleo de dirigentes del gobierno y de los partidos políticos. El único elemento permanente parece ser, pues, la existencia de una práctica de atribución de la supremacía al sujeto elegido o aceptado en cada caso por el propio grupo social organizado. Ningún sujeto social está, por tanto, predestinado a detentar en forma permanente el protagonismo de la actividad legisladora y ejercerá en cada circunstancia ese protagonismo el sujeto que logre imponer su poder socio-político de dirección.

Es cierto que, en referencia a los ordenamientos jurídicos estatales, hoy se sigue pensando mayoritariamente que el sujeto social llamado a poseer el pleno control de la actividad creadora de Derecho es el Estado. Pero se piensa asimismo que esa primacía no implica exclusividad. Se entiende, más bien, que, junto al Estado (y, en alguna medida, dentro de él), existen otros múltiples sujetos sociales que desarrollan una constante actividad creadora de normas jurídicas[2]. Lo que no impide reconocer al mismo tiempo que es el Estado el que actúa todavía (aunque tal vez no por mucho tiempo, dada la progresiva pérdida de autonomía de los Estados en favor de las organizaciones supraestatales) como última instancia garante y sustentadora de la juridicidad de todas las normas del ordenamiento.

2. Fuentes formales

El estudio de los tipos normativos que actúan como formas vehiculares de expresión de las reglas del Derecho se ha estructurado también tradicionalmente en torno a dos tareas prioritarias: la identificación de tales formas y la determinación de su respectiva posición jerárquica dentro de los ordenamientos jurídicos. Y ambas tareas han estado mediatizadas casi siempre por la contaminación política y por los problemas específicos que afectan al estudio de las «fuentes materiales». En principio, sin motivo suficiente, ya que ha de reconocerse que, puesto que un mismo tipo de norma puede ser empleado por distintos sujetos sociales[3], la forma con la que inicia su existencia una regla jurídica no resuelve ni aclara por sí sola las objeciones que puedan oponerse al protagonismo del sujeto social que la ha creado.

---

[2] Por ejemplo, los jueces, a través de sus providencias, autos y sentencias, las organizaciones de actividad económica, sindical y/o profesional, mediante sus estatutos y convenios, o los individuos y grupos privados cuando celebran contratos de intercambio de bienes o prestación de servicios.

[3] Así, el *Estado* (príncipe, parlamento, gobierno, administración...), no sólo dicta 'leyes' generales, sino que formula principios, establece o reconoce costumbres, adopta decisiones, otorga contratos... Y, por su parte, la *Sociedad*, a través de sus diversos grupos o corporaciones sindicales, profesionales o económicas, no sólo genera costumbres y usos, sino que crea también normas jurídicas legales y celebra contratos....

2.1. *Las principales formas de manifestación de la normatividad jurídica*

Analizando este punto dentro de una perspectiva histórica, se comprueba cómo el dinamismo característico de la organización social ha ido acompañado siempre de una gran movilidad de las formas utilizadas por los distintos grupos humanos para expresar las diferentes normas jurídicas que habrían de regir el comportamiento de sus miembros. Así, las "leyes", las "costumbres", los "estatutos", los "pactos", los "precedentes judiciales", la "doctrina jurídica", los "principios generales" o las "resoluciones" de los jueces han sido formas expresivas utilizadas por los diferentes sujetos sociales que han ido detentando la capacidad jurídica creadora dentro de los grupos humanos a lo largo de la historia.

Es cierto, sin embargo, que en relación con lo que ocurre en la actualidad, podría afirmarse que son las leyes, las costumbres, los precedentes judiciales y, en cierta medida, la doctrina jurídica las vías de manifestación del Derecho que acaparan la atención y el interés polémico de los estudiosos. Pero no siempre se tiene claro cuáles son realmente esas fuentes formales en cada ordenamiento, como pone al descubierto el examen de lo que opina al respecto la doctrina española[4].

2.2. *Jerarquía de las «fuentes formales»*

La otra gran pregunta que ha venido formulándose la doctrina tradicional cuando afrontaba la problemática relativa a las «fuentes formales del Derecho» era la de la respectiva *posición jerárquica* que corresponde ocupar a cada una de esas 'fuentes' dentro de los ordenamientos jurídicos. Una pregunta cuyos intentos de respuesta estaban también contaminados casi siempre por la pugna de intereses abiertamente políticos.

En efecto, la destacada importancia que le ha sido atribuida tradicionalmente a la fijación del orden de prioridad o *jerarquía* de las diversas "fuentes formales" no radicaba en la propia significación de estas fuentes, sino en la polémica real que encubría: la lucha por el predominio de los sujetos cuya fuerza o poder jurídico se manifestaba a través de las diferentes formas cuya primacía se debatía. De modo que, en realidad de verdad, la discusión teórica acerca de la preferencia de una fuente formal o de otra no ha sido más que un reflejo o enmascaramiento de las discusiones a pro-

[4] En efecto, suele aceptarse pacíficamente como dogma la literalidad del artículo 1.1 del *Código Civil* cuando establece que "las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho". Habrá que aceptar, no obstante, que dicha enumeración no recoge todas las fuentes formales que existen actualmente en el Derecho español, puesto que, junto a las tres señaladas, habría que reseñar (para ser fieles a las disposiciones 1.5, 1.6 y 3.2 del mismo *Código*, al artículo 1.691 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* y a los artículos 10 y 96 de la *Constitución*) los *tratados internacionales* ratificados por España, la *jurisprudencia* del Tribunal Supremo, la *doctrina legal*, la *equidad* o los contratos y negocios jurídicos.

pósito de cuál es o debe ser el sujeto social que ostenta el poder jurídico-político máximo. Y así, por ejemplo, las enconadas disputas que se desarrollaron en el seno de la doctrina jurídica tras la revolución francesa en torno a la primacía de la *ley* o de la *costumbre* en el orden de las fuentes fueron en gran medida un simple reflejo de la dura lucha que hubo de mantener el triunfante poder de la burguesía liberal (leyes) contra la resistencia tradicionalista y contrarrevolucionaria (costumbres).

Ha de reconocerse, en consecuencia, que la pregunta por la jerarquía de las "fuentes formales" del Derecho está condenada a no tener más que respuestas cuya validez quedará siempre histórica e ideológicamente circunscrita, de modo que sólo será posible llegar a unas pocas conclusiones dotadas de cierta fiabilidad. Por ejemplo, la de que la "costumbre", la "práctica judicial" y la "doctrina legal" fueron, por ese orden y durante largo tiempo, los principales tipos de normas que integraban los ordenamientos jurídicos de las sociedades organizadas. O la de que, posteriormente, el creciente poder acumulado por los gobernantes de las organizaciones políticas centralizadas fue abriendo camino a un nuevo tipo de norma, la "ley", que terminaría convirtiéndose en la forma jurídica predominante y casi exclusiva. Y esta es la situación que vivimos en la actualidad.

Hoy la "ley", apoyada en el poder casi omnímodo de las organizaciones estatales, para-estatales o supra-estatales, ocupa todavía la primera posición de la jerarquía normativa en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, especialmente en los continentales. Pero, a pesar de la gran fortaleza que manifiestan en este momento, no puede predecirse hasta cuándo se extenderá el dominio de las concepciones jurídico-políticas que sostienen esta visión.

II. LOS CARACTERES

El multisecular esfuerzo que las diferentes doctrinas jurídicas han realizado para inventariar los rasgos que forman parte del perfil conceptual del Derecho ha dado lugar a un largo listado de caracteres en el que, en mi opinión, aparecen mezclados los que son meramente ocasionales o accesorios con los que tienen méritos suficientes para ser considerados "esenciales" (es decir, que forman parte de su naturaleza o modo-de-ser: ese núcleo profundo de la estructura ontológica que está dotado de una estabilidad resistente a los cambios impuestos por su propio fluir existencial). Éstos son comunes a todas las concreciones históricas del Derecho y no pueden faltar en ninguna. Los primeros suelen estar vinculados a las peculiaridades filosóficas, políticas, económicas, tecnológicas, ideológicas, etc., de cada cultura, de cada época histórica o de cada sociedad, por lo que su aceptación está casi siempre sometida a debate.

Así, ha llegado a ser registrado en la lista de los caracteres diferenciales del Derecho un gran número de rasgos (que presentan, por lo demás, en ocasiones una evidente coincidencia de significado) entre los que aparecen la normatividad, la hetero-

nomía, la positividad, la tipicidad, la abstracción, la exterioridad, la socialidad, la intersubjetividad, la alteridad, la bilateralidad, la generalidad, la publicidad, la imperatividad, la validez, la vigencia, la eficacia, la seguridad, la certeza, la legalidad, la justicia, la legitimidad política, la obligatoriedad, la vinculatoriedad, la coercibilidad o la circularidad autopoiética. Ahora bien, a pesar de que el examen de todos estos rasgos podría aportar datos de interés para saber qué es lo que se ha entendido por «Derecho» a lo largo de la historia, no es oportuno agotar ahora su análisis. Así que, cediendo a simples exigencias de oportunidad didáctica, la explicación se ocupará sólo de algunos, en la convicción de que, aunque no todos piensan que esos son precisamente los más representativos, sí existe la seguridad de que su examen va a ser útil para tener una idea fiable de lo que es el «Derecho objetivo».

1. Exterioridad y alteridad

Como pusiera agudamente de relieve el profesor G. DEL VECCHIO a comienzos del siglo pasado, es propio del Derecho ocuparse de la regulación de las conductas que realizan los sujetos jurídicos cuando se relacionan con otros sujetos jurídicos. Lo que ocurre –añadía– porque es a él a quien corresponde la función de garantizar que el desarrollo de las relaciones que establecen unos sujetos jurídicos con otros dentro de la trama interactiva de la vida social se realice de manera que se logre una equilibrada correspondencia entre las cargas y los beneficios que originan esas relaciones para cada sujeto. Por eso regula ante todo la dimensión externa de las conductas y por eso tiene marcada la estructura interna de sus normas con el sello de la intersubjetividad o alteridad.

1.1. *La exterioridad*

Corresponde a C. THOMASIUS (s. XVIII) el honor de haber iniciado la doctrina sobre la "exterioridad" del Derecho al afirmar que éste, a diferencia de la Moral, regula solamente las conductas que pertenecen al «fuero externo» del comportamiento humano. Tal afirmación no es, como se sabe, plenamente correcta, pues ni hay acciones humanas que tengan sólo dimensión y raíz externa ni la normatividad jurídica excluye siempre de su valoración los elementos anímicos internos que están en el origen de las conductas sociales (como ocurre con la "intención", la "buena fe", el "dolo", el "ánimo [de lucro]", la "premeditación", etc.). Contiene, sin embargo, un dato muy importante para el desarrollo de la teoría jurídica: la intuición básica de que las normas del Derecho, al ocuparse de establecer un orden objetivo de coexistencia y cooperación, deben atender sobre todo a la dimensión exterior de las acciones.

Y parece que este es precisamente el sentido en que ha de ser entendida en la actualidad la exterioridad del Derecho: centrarse prioritariamente en la regulación de la dimensión externa de las conductas sociales y tomar en consideración la interioridad o intencionalidad de éstas sólo en la medida en que tal dimensión llega a condicionar el contenido y alcance de las actuaciones exteriores de modo que su influencia llega a ser objetivamente perceptible y mensurable.

1.2. *La alteridad*

Tal como ha destacado reiteradamente el profesor PÉREZ-LUÑO, la alteridad no se da sólo en el Derecho sino que es una condición existencial de toda la vida práctica de los hombres, ya que éstos realizan su humanidad formando parte de un tejido de entes sociales y políticos dentro de los que realizan su vida a través de relaciones intersubjetivas. Parece, sin embargo, evidente que el carácter de correlatividad o alteridad está incrustado en el modo-de-ser de la normatividad jurídica con una profundidad tan peculiar y típica que ha de ser contabilizado entre los rasgos estructurales básicos de su concepto, según intuyera ARISTÓTELES hace ya dos mil cuatrocientos años y advirtieran agudamente de forma expresa en el siglo XIII de nuestra Era dos autores 'italianos': TOMMASO D'AQUINO y DANTE ALIGHIERI.

En efecto, el Derecho no puede despojarse de su alteridad, sino que actúa siempre delimitando un marco o contexto de acción mediante el que, según escribió en 1970 el profesor RECASÉNS-SICHES, "pone en referencia los actos de una persona con los de otra (u otras), estableciendo una *coordinación objetiva bilateral o plurilateral* entre el obrar de uno y el obrar de los otros. Así, la posibilidad debida o lícita de un acto en un sujeto supone la facultad de éste de impedir todos aquellos comportamientos de los demás que resulten incompatibles con el acto que él puede o debe lícitamente realizar. Y, viceversa, la prohibición para un sujeto de cierto comportamiento se funda en que tal comportamiento resulta incompatible con la conducta debida o lícita de otras personas".

2. Validez y eficacia

Ha sido al parecer H. KELSEN el responsable de que los análisis doctrinales del carácter *validez* incluyan (casi "por obligación") el examen de la *eficacia*, al entender que ningún orden jurídico debe ser considerado verdaderamente válido si no tiene al mismo tiempo un mínimo grado de operatividad o «eficacia» en el desarrollo de la vida jurídica. Así que hoy no sería ya de recibo explicar la «validez» del Derecho sin aclarar al mismo tiempo su relación con la "eficacia".

2.1. *La validez*

Esta es una de las notas generalmente reconocidas como rasgo y exigencia esencial del Derecho. En consecuencia, suele afirmarse también que, en el caso de que una determinada reglamentación jurídica no esté dotada de validez, habrá de concluirse que tal reglamentación no es Derecho propiamente dicho, sino simple apariencia o figura engañosa del mismo. Ahora bien, el consenso sobre este punto se esfuma cuando se trata de precisar qué es y de dónde proviene esa validez, extremo sobre el que han de contabilizarse, al menos, estas tres relevantes opiniones: la de la *teoría formalista*, la de la teoría *sociológica* y la de la *teoría ética*.

Según la primera, la validez de cada una de las normas de cualquier ordenamiento jurídico consiste en su propia conformidad con las exigencias establecidas por otra u otras normas que están situadas en un nivel superior de precedencia en el orden jerárquico de ese ordenamiento.

Conforme a la segunda, la validez de las normas jurídicas radica en (y se identifica con) su real efectividad social, es decir, con su habitual observancia por parte de los sujetos jurídicos (bien sean los directamente obligados, o bien los órganos encargados de exigir el cumplimiento).

Y para la tercera, la validez de las normas jurídicas es tributaria sobre todo de su fidelidad a las exigencias directivas de los principios o valores fundamentales del respectivo sistema jurídico (justicia, bien común, orden, seguridad, dignidad de la persona, derechos fundamentales, libertad, igualdad, etc.).

Así pues, lo único claro es que, al hablar de la «validez del Derecho», se hace referencia a esa cualidad que poseen los ordenamientos jurídicos cuando tienen el vigor (es decir, el *valor*) requerido para que las normas que los integran puedan ser impuestas como obligatorias y exigibles. (Lo que ocurre cuando unos y otras se ajustan a las exigencias que el correspondiente sistema social ha fijado en los diversos principios y criterios de 'validación' establecidos).

2.2. *La eficacia*

Al analizar la validez del Derecho, resulta imprescindible en la actualidad enfrentarse también a la pregunta por la medida en que esa validez depende de su eficacia hasta el punto de que sólo podrían ser calificadas como normas jurídicas válidas aquellas que han alcanzado un mínimo nivel de efectividad social. Esta doctrina ha sido mantenida casi siempre, con mayor o menor entusiasmo, a lo largo de la historia, pero nunca tuvo tanta aceptación como en el siglo XX, tras el enfoque dado al problema por el gran jurista H. KELSEN.

Según este autor, pese a que la validez de una norma jurídica es algo completamente distinto de su eficacia, ha de pensarse que ésta es siempre condición necesa-

ria de validez, tanto para la totalidad del ordenamiento jurídico como para cada una de sus normas, ya que ni el orden jurídico ni la norma pueden ser considerados válidos si han dejado de ser eficaces.

Tal doctrina parece quedar desmentida, sin embargo, por varios datos de experiencia. Así, se ve cómo el propio funcionamiento real de los ordenamientos jurídicos positivos impone la evidencia de que la validez no depende de la eficacia, ya que sólo pueden ser aplicadas como tales normas (es decir, tener *eficacia* jurídica) las que están (o se presupone que están) dotadas de *validez*. Y no es, por otra parte, infrecuente el caso de que existan normas jurídicas que, "siendo ya" plenamente válidas, no "son todavía" eficaces o que, incluso, no llegarán a serlo nunca. Ahora bien, deberá ser valorado en su justa medida el hecho de que siga todavía viva entre un buen número de juristas la tendencia a considerar que las disposiciones que se ven afectadas de una manifiesta y prolongada falta de eficacia terminan perdiendo la validez que pudieran haber tenido en su día.

3. Legalidad y legitimidad

Ambos caracteres siguen siendo afirmados hoy día como rasgos consustanciales al Derecho, sin perjuicio de que se mantenga también vivo el debate sobre la importancia que deba atribuirse a cada uno.

3.1. *La legalidad*

Fieles a la profunda fe propiciada por la modernidad en la racionalidad inmanente de las normas jurídicas establecidas por decisión de los representantes de la soberanía nacional (las *leyes*), las revoluciones de finales del XVIII consagraron la *legalidad* como primero y fundamental carácter/requisito del Derecho. Y, a continuación, la doctrina aceptó el dogma de que el núcleo central de cualquier ordenamiento jurídico ha de estar integrado por *leyes* (esto es, por normas o cuerpos de normas establecidos por el poder *legislativo*), haciendo así de la "legalidad" una especie de reactivo que transformaba el poder popular en Derecho.

Y eso es lo que se sigue pensando mayoritariamente en la actualidad, de modo que el «Derecho objetivo» es interpretado como un "sistema de legalidad", en el sentido de que todo él está sustentado por un entramado de *leyes* jerárquicamente encadenadas (según la conocida teoría piramidal de A. MERKL y H. KELSEN). En consecuencia, la juridicidad de las diferentes normas del ordenamiento se determina por el grado de su concordancia con las exigencias establecidas en las leyes generales y, en última instancia, en la suprema ley de la Constitución; cuando alguna norma carece de esa concordancia, queda excluida del campo jurídico positivo.

3.2. *La legitimidad*

Junto al carácter de la legalidad, es habitual asignar (más bien, *exigirle*) al Derecho la cualidad de la «legitimidad», es decir, la conformidad con las exigencias del correspondiente código de unos principios justificativos que, en buena medida, están situados en zonas externas al territorio estrictamente acotado por las propias leyes. Se piensa que no basta con la auto-justificación o simple homologación interna de los complejos de leyes, sino que los ordenamientos jurídicos han de tener también el "plus" de una justificación objetiva extra-legal que 'legitime' ante los destinatarios su pretensión de pleno acatamiento.

Esta es una idea que, en su expresión más genérica, ha conseguido ya en la actualidad un grado de aceptación muy elevado. Pero las discrepancias surgen de inmediato cuando se entra a concretar los criterios o principios que han de ser utilizados como referencias para resolver, en su caso, los litigios de legitimación. Así, mientras algunos siguen invocando los principios de la Ley Divina, del Derecho Natural o de la Justicia, otros se remiten a la legitimación política de los órganos que lo crean, a la observancia de las reglas de procedimiento de creación, al respeto del principio de la jerarquía normativa del sistema, a la conformidad con los valores superiores del ordenamiento o a la plena realización de la dignidad personal de los ciudadanos.

4. Vinculatoriedad y coercibilidad

El Derecho objetivo se localiza fundamentalmente en los diversos ordenamientos o conjuntos normativos que establecen los cauces jurídicos dentro de los que, por imposición del correspondiente grupo social, debe desarrollarse una parte de las relaciones que intercambian los miembros de ese grupo. Y, como resulta comprensible, tales ordenamientos tienen siempre la pretensión de ser respetados y cumplidos, independientemente de cuál sea la opinión que esos miembros tengan de cada uno de los cauces establecidos. Por eso se ha llegado a la conclusión de que los caracteres de la vinculatoriedad y la coercibilidad son consustanciales al Derecho.

4.1. *La vinculatoriedad*

En cuanto que es norma de conducta (y como cualquier otro tipo de normas de conducta propiamente dichas) el Derecho es constitutivamente vinculante; es decir, tiene la capacidad o posibilidad de condicionar en forma determinativa el comportamiento social de los sujetos jurídicos. Eso es lo que significa nuclearmente su "vinculatoriedad", sin perjuicio de que tal capacidad se haga efectiva realmente a través de las dos vías complementarias de la «imperatividad» y la «obligatoriedad».

Así, la **imperatividad** hace que las normas jurídicas actúen sobre los sujetos para los que se dictan como órdenes o mandatos cuyo cumplimiento es exigible, según ha venido siendo entendido mayoritariamente desde la antigüedad. De modo que puede afirmarse, como hiciera en el pasado siglo el iusfilósofo italiano G. DEL VECCHIO, que no es posible imaginarse una regla de Derecho que no tenga carácter imperativo y que el preceptuar o mandar, ya sea en forma positiva, ya sea en forma negativa, es un elemento integrante del concepto mismo del Derecho. Y no han sido suficientemente disuasorias las agudas críticas que algunos autores (por ejemplo, E. ZITELMANN y H. KELSEN) hicieron a las tesis imperativistas, ya que sigue pensándose de manera bastante generalizada que las leyes son decisiones o imposiciones (= mandatos) del legislador y que la imperatividad es un carácter constitutivo del Derecho.

A su vez, la **obligatoriedad** (es decir, la capacidad de generar la actitud de acatamiento en la voluntad de los sujetos a los que se dirigen los mandatos contenidos en las normas) es la vía que lleva a la vinculatoriedad del Derecho desde la perspectiva de quienes están sujetos a él. Y es asimismo una característica que han de tener inexcusablemente todas las normas jurídicas genuinas, so pena de perder su calidad de auténticas normas de conducta y convertirse en simples consejos, dictámenes orientativos o instrumentos de información. En consecuencia, si se afirma que el Derecho es (tal como se entiende generalmente) uno de los tipos más relevantes de la especie «normas de conducta» dentro de la vida social, ha de afirmarse al mismo tiempo su obligatoriedad.

Ahora bien, no será fácil ponerse de acuerdo en el momento de decidir en qué consiste o cuál es la fuente de la que nace, ya que ambos extremos están condicionados por la solución que se dé a otras complejas cuestiones de la Teoría jurídica, tales como la de la *naturaleza* del Derecho, la de las relaciones entre la normatividad moral y la normatividad jurídica, la del carácter ético o técnico-instrumental del Derecho y, sobre todo, la del contenido y alcance del deber jurídico. Pero la aclaración de tales cuestiones exigiría un desarrollo que, pese a haber sido realizado ya con detalle en otras ocasiones[5], no va a tener cabida aquí.

Se recogerán, pues, solamente tres breves observaciones. En primer lugar, la advertencia de que ha sido precisamente la propia dinámica histórica del problema la que lo ha conducido hasta un punto de evolución en el que, dentro de la vida jurídica ordinaria, se da una especie de solapamiento de la obligatoriedad moral (o religioso-moral) de cumplir las normas jurídicas con la propia obligatoriedad jurídica de éstas. En segundo término, la insistencia en que se puede y se debe seguir afirmando que el Derecho posee una obligatoriedad específica propia que no es reductible a la obligatoriedad moral. Y, finalmente, la precisión de que esa obligatoriedad ha de ser

[5] Por ejemplo, en la 3ª edición de *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Editorial Universitas, Madrid, 1999, pp. 157-161.

caracterizada como la capacidad que el Derecho tiene, en virtud de la relación de necesidad que le une con la vida social, de originar en los ciudadanos (en su calidad de sujetos de la vida social y del Derecho) actitudes de acatamiento espontáneo de las directrices contenidas en las normas.

4.2. *La coercibilidad*

A partir de C. THOMASIUS, la mayoría de los juristas aceptó pacíficamente durante bastante tiempo la tesis de que el empleo de la coacción era consustancial al Derecho. Llegó, no obstante, en el siglo XX un momento en el que varios prestigiosos iusfilósofos (p. e., el alemán R. STAMMLER, el italiano G. DEL VECCHIO o el hispano-mexicano L. RECASÉNS-SICHES) consideraron imprescindible insistir en el matiz de que el rasgo diferencial de la normatividad jurídica no era tanto el empleo de la coacción, cuanto la posibilidad estructural de recurrir a ella en caso de necesidad (es decir, la 'coactividad', 'coercitividad' o 'coercibilidad'). Es esta posibilidad la que puede considerase como una característica esencial del Derecho, hasta el punto de que –como escribió el profesor RECASÉNS-SICHES– el pensamiento de un Derecho que no sea coercitivo "constituiría un absurdo, es decir, un pensamiento irrealizable, como el de cuadrado redondo, o el de cuchillo sin mango ni hoja".

En efecto, no parece posible pensar una norma que sea genuinamente jurídica y que carezca de la posibilidad estructural de imponer su cumplimiento de forma coactiva a todos los sujetos obligados (es decir, recurriendo incluso al uso de la fuerza cuando se choca con el rechazo o resistencia de esos sujetos). Por eso hay que concluir que, dado que por la propia función que desempeñan dentro de la organización social (y a diferencia de los usos sociales o de las normas morales), las jurídicas no pueden supeditar su cumplimiento al capricho de cada ciudadano, el Derecho ha de estar dotado siempre de esa posibilidad estructural en que consiste la coercibilidad.

Referencias bibliográficas

Si se desea ampliar, profundizar o contrastar las explicaciones de este tema, puede encontrarse ayuda en:

I. ARA PINILLA, *Teoría del Derecho*, 2ª edic., Madrid, Talleres Ediciones JB, 2005, págs. 267-300 (sobre las **fuentes**), págs. 495-513 (sobre los **caracteres**).

A. FERNÁNDEZ-GALIANO & B. DE CASTRO CID-, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, 3ª edic., Madrid, Editorial Universitas, 1999, págs. 149-153 (sobre la **validez** y la **eficacia**), págs. 155-165 (sobre la **vinculatoriedad** y la **coercibilidad**), págs. 166-167 (sobre la **legalidad**), págs. 177-180 (sobre las **fuentes materiales**) y págs. 180-184 (sobre las **fuentes formales**).

A. E. PÉREZ LUÑO (Y OTROS), *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 15ª edic., Madrid, Editorial Tecnos, 2016, págs. 125-131 y 161-163 (sobre los **caracteres**), págs. 207-209 (sobre las **fuentes materiales**).

Ejercicios de autoevaluación

1. El desarrollo de la doctrina sobre la jerarquía de las fuentes formales del Derecho **SI / NO** (*tachar la opción errónea*) ha registrado frecuentes interferencias de carácter político.
2. Las dos principales tareas que suelen asignarse al estudio de las fuentes materiales del Derecho son... *(completar la respuesta)*.
3. ¿Cuáles son, en la actualidad, las principales fuentes formales del Derecho?
4. Dando por supuesto que existe, ¿cuál es el rasgo histórico permanente de la atribución de supremacía a los diversos sujetos sociales con capacidad para crear Derecho?
5. Hablando en sentido estricto, las llamadas «fuentes formales del Derecho» **SI / NO** (*tachar la opción errónea*) son "fuentes" en sentido propio. **[Concrete las razones que le han llevado a su elección de la respuesta]**.
6. Cuando se afirma la coercibilidad del Derecho quiere decirse que... *(completar la respuesta)*.
7. Construya algún argumento favorable a la tesis de que la legalidad es uno de los caracteres esenciales del Derecho.
8. ¿Qué se pretende destacar cuando se afirma la alteridad del Derecho?
9. Las tres doctrinas más representativas en el ámbito de la definición de la validez (del Derecho) son... *(completar la respuesta)*.
10. ¿Cree que las leyes han de adecuarse a las exigencias de los valores ético-jurídicos fundamentales para ser aceptadas como auténtico Derecho? **[Explicite las razones que, a su entender, avalan la respuesta]**.

TEMA 4.
Derecho subjetivo y deber jurídico

Mercedes Gómez Adanero

Sumario

I. *El derecho subjetivo.* 1. Elementos y contenido. 1.1. Definición de derecho subjetivo. 1.2. Contenido del derecho subjetivo. 1.2.1. El ejercicio del derecho. 1.2.2. La pretensión o defensa. 2. Diferentes tipos de derechos subjetivos. 2.1. Tipos de derecho subjetivo en relación con el sujeto pasivo. 2.2. Tipos de derecho subjetivo en relación con las facultades que otorga al titular. 2.3. Tipos de derecho subjetivo en relación con el ámbito de su ejercicio. 2.4. Tipos de derecho subjetivo con relación a los bienes o valores que protege. II. *El deber jurídico.* 1. Caracterización, fundamento y contenido. III. *Relación del ceber jurídico con el derecho subjetivo.*

Objetivos

En este tema se exponen los conceptos «derecho subjetivo» y «deber jurídico» que constituyen dos categorías fundamentales para la explicación científica del Derecho. Para aproximarnos a ambos conceptos se procederá a determinar sus características, contenido, sus diversas manifestaciones y la relación que guardan entre sí.

Resumen

Este tema, se ocupa de los conceptos de derecho subjetivo y deber jurídico. Al abordar el concepto de derecho subjetivo, como un concepto diferenciado respecto del derecho objetivo o lo que es lo mismo, de las normas jurídicas, se señala su importancia jurídica en base a su condición de otorgar facultades o poderes que los sujetos de derecho hacen valer en sus relaciones jurídicas. El concepto de derecho subjetivo depende de la determinación de su fundamento, lo que nos permite determinar posteriormente los

diferentes tipos de derecho subjetivo en relación con los elementos que lo configuran y su contenido. Por lo que se refiere al deber jurídico se parte de una propuesta conceptual y se concluye exponiendo su relación con el derecho subjetivo, de radical importancia dado el efecto restrictivo de las normas que establecen deberes jurídicos en las posibilidades de actuar lícitamente de los sujetos.

I. EL DERECHO SUBJETIVO

1. Elementos y contenido

Como ya se ha explicado en el tema 2, el lenguaje jurídico establece una diferenciación entre las categorías de *derecho objetivo* y *derecho subjetivo*, distinguiendo el concepto derecho objetivo, como conjunto de normas jurídicas, respecto de los denominados *derechos subjetivos* que consisten en determinadas *facultades o poderes* que le pertenecen al sujeto y que le permiten exigir o realizar determinadas conductas.

El concepto de derecho subjetivo tiene una gran importancia para la ciencia del derecho ya que faculta al sujeto para poner en marcha la *acción procesal* y la reclamación en juicio de sus pretensiones jurídicas. Por consiguiente, el que tiene un derecho sobre algo es el único legitimado para su reclamación en sede judicial. Por ejemplo, aquel al que se ha privado de una propiedad, tendrá el derecho de reclamarla presentando su justo título. Además el derecho subjetivo constituye el reverso de la obligación de respeto y del deber de procurar determinadas contraprestaciones por parte de los obligados jurídicamente. En consecuencia, por ejemplo, el deudor deberá pagar al acreedor, porque el acreedor tiene derecho al pago, y si el deudor no satisface la deuda, el acreedor podrá reclamarle en juicio el pago debido. Precisamente estas dos características del derecho subjetivo como *facultad de reclamación* y como *poder de exigir respeto o determinadas contraprestaciones*, determinan el *contenido* del derecho subjetivo.

Por otra parte su *importancia jurídica* se incrementa debido a que no solo juega un papel fundamental en el *ámbito del Derecho privado* sino que también tienen una gran relevancia en el *ámbito del Derecho público*, así sucede por ejemplo con respecto al Derecho penal o al Derecho administrativo, y sobre todo en lo que se refiere al Derecho político y constitucional, ya que los denominados *derechos humanos o fundamentales, son derechos subjetivos*.

La presencia de los derechos subjetivos junto al Derecho objetivo, es decir, las normas jurídicas, obliga a establecer un concepto diferenciado de derecho subjetivo, y en tanto que el origen de nuestras facultades y poderes jurídicos se asienta en las normas jurídicas que otorgan poderes y facultades a los sujetos, podemos determinar

un *concepto genérico de derecho subjetivo*, como *facultad o poder que las normas jurídicas atribuyen a los sujetos de derecho*. De lo dicho hasta el momento podemos aproximarnos a una noción de lo que es el derecho subjetivo y su relación con el derecho objetivo. Y podemos concluir que si bien el derecho subjetivo se configura como un tipo de *facultad* que pertenece al sujeto, es una *facultad regulada normativamente*. Sin embargo es necesario delimitar el alcance de dicha regulación, porque no es lo mismo afirmar que el derecho subjetivo es una facultad que las normas atribuyen y garantizan al sujeto, que afirmar que el derecho subjetivo le pertenece al sujeto como una facultad que las normas reconocen y garantizan.

Si la función que cumple el derecho objetivo sobre el subjetivo es *atributiva* (el primero *concede* el segundo), el derecho subjetivo es una realidad jurídica secundaria respecto del derecho objetivo, puesto que el derecho subjetivo será una creación del derecho objetivo. Este es el criterio que hemos venido sosteniendo en nuestra exposición; mientras que si el derecho objetivo tiene una función de *reconocimiento* (esto es, se limita a *reconocer* algo que se considera preexistente), la primacía le corresponde el derecho subjetivo, que tendrá una entidad previa a su establecimiento en la norma. Quienes sostienen esta posición la fundamentan en criterios de índole psicológica, argumentando que el derecho subjetivo es lógicamente anterior al derecho objetivo, en tanto que el individuo tiene con anterioridad a la determinación normativa de sus derechos subjetivos, una noción previa de las posibles facultades que después la norma vendrá a disponer.

En cualquiera de los casos, el hecho de que sean *las normas jurídicas*, las que determinan el contenido de estos derechos, permite afirmar que el *fundamento* del derecho subjetivo es precisamente la norma que atribuye dichos poderes o facultades a los sujetos.

1.1. *Definición de derecho subjetivo*

A modo de conclusión, y en consonancia con lo que venimos afirmando desde que explicamos en el tema 2 la relación del derecho objetivo con el derecho subjetivo, podemos al menos establecer unos criterios básicos para configurar un concepto de derecho subjetivo en el que en todo caso es la norma jurídica la que determina su contenido y su función. Estos criterios pueden resumirse como sigue:

El *fundamento* del derecho subjetivo se sitúa en las *normas* del derecho objetivo. Las normas que determinan cuáles son las conductas que los sujetos pueden realizar, o las pretensiones que pueden reclamar, son normas *potestativas o autorizativas*, ya que otorgan poderes o autorizaciones, que permiten a los sujetos realizar determinados actos o exigir a otros determinadas conductas. La *norma potestativa o autorizativa* establece el carácter lícito o ilícito, debido, permitido o prohibido de las acciones. De manera que podemos definir el derecho subjetivo como el «*poder o facultad atri-*

buido por la norma potestativa o autoritativa al sujeto, que le permite realizar determinados actos o exigir a otros sujetos una conducta de hacer o no hacer algo, o bien de abstención y no impedimento.»

1.2. *Contenido del derecho subjetivo*

De la definición de derecho subjetivo anteriormente propuesta podemos determinar cuáles son los elementos que lo configuran. Así, podemos distinguir un *elemento externo*, la norma de la que procede, y dos *elementos internos*, el *ejercicio* del derecho (que se concreta en el poder o facultad para realizar actos jurídicos) y la *pretensión o defensa* que faculta al sujeto para exigir a otros una determinada conducta.

Precisamente estos *dos elementos internos* son los que conforman el *contenido* del derecho subjetivo. A continuación se analizan ambos.

1.2.1. *El ejercicio del derecho*: el ejercicio del derecho es una finalidad básica de todo derecho subjetivo. Por su mediación el sujeto puede usar o no usar su derecho, pero en todo caso significa que *el titular de un derecho puede ejercitarlo*. Así, el acreedor puede exigir o no exigir el pago de la deuda. Pero su *derecho* a exigirlo le *faculta* para ello. *El ejercicio del derecho no debe confundirse con la condición de renunciable o irrenunciable del mismo*; así, por ejemplo, el inquilino no puede renunciar a su derecho al tanteo incluyendo cláusulas de renuncia en el contrato de alquiler, sin embargo una vez cumplida la obligación del arrendador de ofrecerle la compra del piso en las condiciones de venta, el arrendatario podrá o no hacer uso de su derecho al tanteo, comprando o no la vivienda que tiene en alquiler. En ocasiones, cuando un derecho no se ejercita se pierde, tal es el caso de la pérdida del derecho de propiedad, cuando un poseedor de buena fe cumple los plazos legales de posesión, y adquiere la cosa por prescripción.

1.2.2. *La pretensión o defensa*: la pretensión o defensa se concreta en la *facultad* del titular de un derecho subjetivo para *exigir de otros una determinada conducta*. Como en el caso del ejercicio, el titular puede usar o no usar dicha facultad de pretensión o defensa, e igualmente podrá esta facultad prescribir en un determinado plazo en el caso de que el titular no haga uso de la misma, así sucede cuando el propietario de un bien que es poseído de buena fe por un tercero, puede en defensa de su derecho interponer la acción real correspondiente en el plazo que determine la ley, y de no hacerlo, perderá su derecho a interponerla y por consiguiente a que la cosa le sea restituida.

2. Diferentes tipos de derechos subjetivos

Íntimamente relacionada con el contenido del derecho subjetivo, que como hemos visto se manifiesta en una variedad de posibilidades y acciones por parte del sujeto titular, está la cuestión relativa a sus diversos *tipos o manifestaciones*, es decir a la *forma en que se concretan su ejercicio y defensa*. Para proceder a una caracterización ordenada y sucinta de la misma partiremos de una clasificación de los diferentes tipos de derechos subjetivos. Esta clasificación puede realizarse atendiendo a *distintos criterios*, de entre los cuales proponemos, siguiendo a Manuel Segura Ortega, los que hacen referencia *al sujeto pasivo, a las facultades que otorga al titular, al ámbito de su ejercicio, y los bienes o valores que protegen.*

2.1. *Tipos de derecho subjetivo en relación con el sujeto pasivo*: Atendiendo al sujeto pasivo, es decir a aquel frente a quien se ejercita, pretende o defiende un derecho, los derechos pueden ser *absolutos* o *relativos*. Serán *absolutos* cuando se ejercitan o pretenden frente a todos los posibles sujetos pasivos (*erga omnes*). Tal es el caso de los denominados derechos personalísimos, como el derecho a la vida, a la integridad o a la propia imagen, y de los derechos reales, como el derecho de propiedad. Serán *relativos* cuando el sujeto o sujetos obligados se circunscriben a *aquellos que han establecido una relación determinada con el sujeto activo*, como los derechos de obligación o de crédito. Así por ejemplo el derecho que tiene el acreedor a que el deudor le pague la deuda, o el que tiene el comprador a que el vendedor le entregue la cosa comprada.

2.2. *Tipos de derecho subjetivo en relación con las facultades que otorga al titular*: Si se atiende a las facultades que el derecho subjetivo otorga al titular, se puede distinguir entre derechos subjetivos *simples* y *complejos*. Son derechos subjetivos *simples* los que se *agotan con la realización de una conducta*, o con *una prestación determinada*. Ejemplos de derecho simple son el que tiene el vendedor a que el comprador le pague el precio, o el que tiene el heredero forzoso a recibir su parte de la legítima en una herencia. El ejemplo típico de derecho *complejo* es el derecho de propiedad, ya que confiere a su titular *una gran cantidad de facultades*, como el uso, la transmisión, el arriendo, la donación, etc....

2.3. *Tipos de derecho subjetivo en relación con el ámbito de su ejercicio*: Si se atiende al ámbito de su ejercicio, podemos distinguir entre derechos subjetivos *públicos* y derechos subjetivos *privados*. Son derechos subjetivos públicos los que se ejercitan frente al Estado, como es el caso de los derechos fundamentales, pero también de los

derechos que confieren la facultad de solicitar la intervención del Estado en beneficio de intereses individuales. Mientras que son derechos subjetivos privados los que se ejercitan entre particulares. La doctrina ha elaborado una distinción básica de estos últimos, como *derechos personales o de crédito*, y *derechos reales*. El fundamento de dicha distinción radica en dos diferencias que conciernen, una a los *sujetos* y otra a su *objeto*. Por lo que se refiere a los *sujetos*, a los primeros les corresponde *un deber correlativo en un sujeto determinado*, mientras que en el caso de los derechos reales, el *deber correlativo es respecto de sujeto indeterminado*. En tanto que la distinción con base en el *objeto* se fundamenta en que los *derechos reales recaen sobre cosas*, y sin embargo los *derechos personales o de crédito tienen como posibles objetos la prestación de cosas, acciones positivas u omisiones*. En consecuencia podemos definir estas dos categorías de derechos en los siguientes términos:

Derecho personal o de crédito es la facultad que una persona (acreedor) tiene de exigir a otra (deudor) la realización u omisión de una conducta, o la entrega de una cosa.

Derecho real es la facultad que una persona tiene sobre las cosas, y todos sus posibles beneficios, y la exigencia simultánea de un deber general (erga omnes) de respeto.

2.4. *Tipos de derecho subjetivo con relación a los bienes o valores que protege*: Atendiendo a los bienes o valores protegidos se distingue entre derechos *fundamentales* y *no fundamentales u ordinarios*. La especificidad de los derechos fundamentales frente a los ordinarios viene determinada por la *especial protección* de que estos gozan. Así en nuestro ordenamiento jurídico, además de la derivada de su inclusión en el texto constitucional, estos derechos tienen un medio de protección especial mediante el denominado recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

II. EL DEBER JURÍDICO

1. Caracterización, fundamento y contenido

El Derecho, en tanto que es un orden normativo, establece *deberes* como lo hacen otros órdenes normativos, así la moral o los usos sociales. El contenido del *deber jurídico* es la *obligación* establecida por la *norma jurídica*, como el contenido del deber moral es la obligación que establece la norma moral. En temas anteriores ya se estableció la diferenciación entre estos órdenes normativos, por lo que partimos ya de la determinación de que constituyen en la actualidad *órdenes normativos diferenciados*. En consecuencia también debemos considerar como *diferentes los deberes* que provienen de estas distintas normatividades. En este sentido podemos afirmar que *el deber jurídico es el que establecen las normas jurídicas, que obligan a realizar, o prohiben determinadas conductas*. A continuación nos ocuparemos de determinar las

características propias de la obligación jurídica, cuestión íntimamente ligada a la determinación de su *fundamento*.

Como venimos afirmando, la conducta humana se regula mediante diferentes normatividades y por ello es posible que las mismas conductas sean objeto de regulación por los diferentes órdenes normativos. Esta coincidencia en la regulación puede imponer al hombre la obligación de comportarse de una manera idéntica, aunque también puede suceder que la conducta prescrita sea divergente. Así cuando una misma conducta es regulada por las normas de la moral, de los usos sociales o del derecho en el mismo sentido podríamos pensar que el sujeto solo cumple con una obligación, y sin embargo esto no es así, ya que *la obligación de cumplir lo establecido por las diversas normatividades es diferente*. Este puede ser, por ejemplo, el caso de las normas que imponen el deber de respetar la vida de los demás. Moralmente, el sujeto está obligado en conciencia a no matar, socialmente también esta obligado, porque de lo contrario su consideración social se verá seriamente devaluada, y por otra parte, jurídicamente será considerado como asesino u homicida y su conducta será sancionada con las correspondientes consecuencias jurídicas. De aquí que quien cumple el deber de no matar lo hace simultáneamente cumpliendo las normas de diferentes órdenes normativos, y por ello el origen de su obligación es distinto, como también son distintas las consecuencias que acarrea su incumplimiento. Por consiguiente, *la primera y radical diferencia del deber jurídico respecto a otros deberes, es el origen de su obligación*. El deber jurídico presupone la existencia previa de la norma jurídica que lo establece, como exigencia de realizar una conducta o como prohibición de realizarla. Como el Derecho es un orden normativo cuyo cumplimiento *puede* ser exigido coactivamente, mediante la aplicación de las sanciones previstas para el caso de incumplimiento, podemos también concluir que el deber jurídico presupone además la *posibilidad de aplicación de una sanción*.

De lo dicho hasta aquí podemos ya ofrecer una definición del deber jurídico como *«el cumplimiento de determinadas conductas por parte de los sujetos destinatarios de un orden jurídico que se les puede imponer coactivamente, en caso de incumplimiento voluntario, mediante la aplicación de la sanción correspondiente a ese incumplimiento, prevista normativamente»*

La *caracterización* del deber jurídico que hemos propuesto, tiene como presupuestos la *norma*, la *sanción* y la *posibilidad de su imposición coactiva*. De estos tres elementos, es precisamente el constituido por la norma que establece conductas positivas o negativas como debidas, el presupuesto previo y necesario para que se establezca una sanción y para que se pueda exigir el cumplimento de lo que, precisamente establece dicha norma. De aquí que podamos concluir que para una concepción del deber jurídico como la que proponemos, *el elemento que primariamente lo caracteriza es precisamente la existencia de la norma del ordenamiento jurídico que establece el deber*, en la que reside por consiguiente su *fundamento*.

III. RELACIÓN DEL DEBER JURÍDICO CON EL DERECHO SUBJETIVO

Cuando hemos definido el derecho subjetivo lo hemos caracterizado como facultades o poderes de los sujetos. Estas facultades nos *permiten realizar* determinadas acciones, pero también *exigir a otros sujetos* conductas de hacer o no hacer algo, o bien de abstención y no impedimento. Precisamente esa facultad de exigir a otros sujetos determinadas conductas, coloca a dichos sujetos en la situación de obligados, o lo que es lo mismo en la situación de ser los destinatarios de un deber jurídico.

Sin embargo, en los ordenamientos jurídicos también hay normas que imponen obligaciones, son las denominadas normas deónticas, y en este caso frente al obligado siempre habrá un sujeto que podrá exigir el cumplimiento de ese deber. Cuando el derecho establece deberes, está imponiendo al sujeto la obligación de comportarse en la manera que la norma determina, bien porque la norma establezca un deber de realizar una determinada conducta, bien porque la norma prohíba la realización de algún comportamiento. Es decir las normas que establecen deberes, exigen al sujeto la realización de conductas que pueden consistir en un hacer o en un no hacer. Así, por ejemplo, la norma prohibitiva establece el deber de no hacer algo.

Por consiguiente, *las normas que establecen deberes tienen un efecto restrictivo sobre las posibilidades de actuación jurídicamente lícita de los sujetos*, ya que la conducta debida que prescriben, convierte, a todas las demás posibles formas de actuación que quisiera decidir el sujeto obligado, en acciones ilícitas. Como consecuencia de este efecto restrictivo, el destinatario del deber carece del derecho a actuar de otra manera, aunque puede actuar de otra manera y atenerse a las consecuencias que acarrea la acción no conforme a derecho.

Por consiguiente, las normas que establecen deberes no solo obligan a que se realice una conducta o a que no se realice, sino que producen el efecto de delimitar el ámbito de lo *permitido* jurídicamente. Lo que se puede enunciar, siguiendo a *Eduardo García Maynez* conforme a los siguientes *axiomas* (en la terminología de *Maynez*) *o principios*:

Principio de inclusión: «todo lo que está jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido» Ej.: Art. 1.162 del C.c.: «*El pago* ***deberá*** *hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirla en su nombre*» De lo que se deduce en aplicación de este principio, que no solo se debe realizar el pago al acreedor o a su representante sino que también está permitido hacerlo a estos y sólo a estos.

Principio de libertad: «lo que estando jurídicamente permitido no está jurídicamente ordenado (ya que no todas las conductas permitidas son obligatorias, en tanto que caben las conductas de ejercicio potestativo), puede libremente hacerse u omitirse» Ej.: Párrafo 1º del art. 1.175 del C.c.: «*El deudor* ***puede*** *ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas*» El empleo del término «*puede*» pone de manifiesto que

el deudor podrá pagar su deuda mediante esta cesión, pero que no está obligado a hacerlo y por consiguiente puede elegir cualquier otra forma de satisfacción de la misma.

Principio de contradicción: «la conducta jurídicamente regulada no puede hallarse, simultáneamente, prohibida y permitida» Ej.: Siguiendo con el ejemplo anterior no cabría que fuese válida otra disposición del Código civil que estableciese la prohibición de satisfacer una deuda mediante la cesión de los bienes del deudor.

Principio de exclusión del término medio: «si una conducta está jurídicamente regulada, o está prohibida, o está permitida» (*tertium non datur*) Ej.: El mencionado art. 1.175 podría prohibir la cesión de bienes del deudor para la satisfacción del pago de sus deudas, en vez de permitirlo, como efectivamente hace, pero no cabe «*medio permitirlo*» o «*medio prohibirlo*».

Principio de identidad: «lo que está jurídicamente prohibido está jurídicamente prohibido; lo que está jurídicamente permitido está jurídicamente permitido» El significado jurídico de este principio jurídico remite al principio general de identidad que establece que todo objeto es idéntico a si mismo, y su significado impide entender como prohibido lo permitido y como permitido lo prohibido. Ej.: Para terminar la interpretación del artículo citado, no cabría entender que en los términos en que está redactado se prohibiera el pago de la deuda mediante la cesión de bienes.

Referencias bibliográficas

CODIGO CIVIL

CODIGO PENAL

DE LUCAS, J. (Coordinador): «*Introducción a la teoría del derecho*». Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

FERNÁNDEZ-GALIANO, A.: «*Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*». Ed. Universitas, Madrid, 1999.

GARCÍA MAYNEZ, E.: «Introducción al estudio del Derecho». Ed. Porrua, México, 1980.

KELSEN. H.: «*Teoría pura del derecho*». UNAM. México, 1982

MARTÍNEZ MORÁN, N, y DE CASTRO CID, B (Coordinadores), Diecisiete lecciones de Teoría del Derecho, Madrid, UNED y Universitas, 2011 (2ª ed.).

RADBRUCH. G.: «*Introducción a la Filosofía del Derecho*». F.C.E., Buenos Aires, 1974.

RECASENS SICHES. L.: «*Introducción al estudio del derecho*». Ed. Porrúa, México, 1981.

ROBLES MORCHÓN, G.: «*Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*». Madrid, 1992. Cuadernos Cívitas.

ROBLES MORCHÓN, G.: «*Sociología del Derecho*». Madrid, 1993. Ed. Civitas.

SEGURA ORTEGA, M.: «*Teoría del Derecho*». Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

VV.AA, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid, UNED, 2010.

Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Por qué el derecho subjetivo es importante para el Derecho?
2. ¿Qué significa que el alcance de la regulación jurídica del derecho subjetivo es atributiva?
3. ¿Qué diferencia existe entre la función atributiva y la función declarativa o de mero reconocimiento del derecho objetivo respecto del derecho subjetivo?
4. Exponga una caracterización genérica del derecho subjetivo en el modelo positivista.
5. Señale cuales son los hechos jurídicos para el realismo jurídico americano y el realismo jurídico escandinavo.
6. Señale los elementos que configuran el derecho subjetivo y defínalo.
7. ¿Qué diferencia hay entre los derechos subjetivos absolutos y los relativos?
8. El derecho de propiedad, ¿es un derecho simple o complejo?, ¿Por qué?
9. Derecho subjetivo y deber jurídico, ¿son conceptos correlativos?
10. ¿A que tipo de normas denominamos normas deónticas?
11. Quién cumple el deber de no matar, ¿cumple una o varias obligaciones?
12. Sitúe el origen de la obligación jurídica.

TEMA 5.
La eficacia social del Derecho

Ana María Marcos del Cano

Sumario

I. *Relaciones entre Derecho y sociedad.* 1. La influencia del Derecho sobre la realidad social. 2. La influencia de los factores sociales en la creación y aplicación del Derecho. II. *Principales funciones del Derecho.* 1. La función de orientación y de organización. 2. La función de integración y de control. 3. La función de pacificación y resolución de conflictos. 4. La función de limitación y legitimación de los poderes sociales. 5. La función promocional de la justicia y del bienestar de los ciudadanos.

Objetivos

Hasta ahora, en esta Unidad Didáctica hemos analizado el Derecho desde distintas perspectivas –su concepto, su descripción, sus diferencias con otros sistemas normativos reguladores de esa comunidad–, ahora vamos a abordar el Derecho desde una visión globalizadora sin la cual quedaría incompleto: cuáles son las funciones que desempeña el Derecho dentro de la realidad social. En esta lección pretendemos, pues, analizar su eficacia en el seno de la sociedad. Esta eficacia *social* se corroborará comprobando si cumple con las funciones que, en última instancia, tiene atribuido el Derecho. Éste será eficaz cuando logra que se realicen los objetivos que persigue y eso se consigue en la mayoría de los casos, a través del efectivo cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios y el alcance de las funciones que tiene atribuidas.

Resumen

El contenido de esta lección se puede sintetizar en estos puntos:

1. La eficacia se puede analizar desde dos ópticas: una, como el efectivo cumplimiento de las normas, bien espontáneamente, bien por los tribunales; y, dos, como el hecho de que ese cumplimiento lleve a cabo las funciones que se le atribuyen al Derecho.

2. En esta lección, analizamos fundamentalmente esta segunda acepción, ya que consideramos que el Derecho se inscribe dentro de un sistema social con el que interactúa y en el que cumple una serie de funciones.

3. El cumplimiento de sus objetivos vendrá dado por el grado de eficacia que logre.

4. La función de *orientación y de organización* consiste en que el Derecho actúa dirigiendo la conducta de las personas hacia el cumplimiento de las normas jurídicas.

5. La función de *integración social y de control* consiste en que el Derecho es un medio para lograr la cohesión social.

6. La función de *pacificación y resolución de conflictos* consiste en que el Derecho es un instrumento para encauzar los conflictos que surgen en todo grupo social.

7. La función de *limitación y legitimación del poder* consiste en que el Derecho trata de lograr el consenso de la ciudadanía adhiriéndose a su modelo normativo.

8. La función *promocional de la justicia y del bienestar de los ciudadanos* hace referencia a la motivación de ciertos comportamientos o conductas para conseguir determinados fines como la justicia y el bienestar social.

I. RELACIONES ENTRE DERECHO Y SOCIEDAD

En este tema introducimos ya un cambio importante en la aproximación al concepto de lo jurídico. ¿Por qué? Pues, sencillamente, porque abandonamos las preguntas acerca de qué sea el Derecho o cuáles sean sus dimensiones, para introducirnos en la pregunta de la eficacia real del Derecho. Hasta ahora hemos analizado el Derecho como *estructura*, sobre todo, desde su dimensión normativa y ahora nos adentramos en el Derecho en su dimensión fáctica, es decir, como hecho, en su *función en el contexto social*.

Las preguntas que abordamos en este tema son las siguientes: ¿qué incidencia real tiene el Derecho en la sociedad que regula? ¿Para qué sirve? No queremos abonar una concepción puramente pragmática del mismo, pero es necesario subrayar que éste no es sólo, ni debe ser, el producto de una construcción filosófica, sino que está, a fin de cuentas, proyectado hacia el terreno de los hechos, inseparablemente unido a lo fáctico, de modo que de poco servirían las elucubraciones anteriores acerca de lo que es el Derecho, si nada se dijera sobre el papel efectivo que desempeña en la pura realidad en la que las personas viven y se relacionan. Y, a la vez, hay que ver ¿qué influencia ejerce el grupo social en el propio ordenamiento jurídico? El famoso aforismo latino *ubi societas, ibi ius* cobra en este tema su máxima virtualidad, es decir, siempre donde ha habido un grupo social se han necesitado normas.

El interés por la problemática de las funciones del Derecho se ha visto incrementado considerablemente desde la obra del filósofo del Derecho Norberto Bobbio, desarrollada posteriormente por su colega Vincenzo Ferrari. Para el primero, la cuestión de las funciones del Derecho no es algo tangencial, sino que define al propio Derecho. Esta posición hace que se modifique el método aproximativo al concepto de Derecho. En palabras de Bobbio, «la aproximación conceptual al Derecho no puede permanecer en la idea de que el elemento caracterizador del derecho reside en la especificidad de su *estructura*, ni siquiera en que el análisis de la estructura del Derecho, de los elementos que lo componen nos provea de una visión adecuada de cómo se presenta el derecho» (subrayado mío). En este sentido, este autor considera del todo necesario el estudio del Derecho desde dos perspectivas de análisis: su estructura y su función.

En este tema, abordamos el estudio del Derecho como una regulación que es establecida para ser realizada, para lograr unos objetivos en la vida social. Hay que precisar, no obstante, que con el estudio de las funciones del Derecho no nos estamos refiriendo a la cuestión de si debe realizar un fin último, un valor. Como dice Recasens «no se trata de inquirir sobre los más altos valores que deben ser realizados por el derecho. Se trata de otra cosa: se trata de averiguar cuáles son los tipos generales de necesidades humanas sociales que todo Derecho intenta satisfacer, por el mero hecho de su existencia real, e independientemente de su mayor o menor justicia». Por otro lado, como afirma el profesor Martínez de Pisón, «el análisis funcional del Derecho supone superar el enfoque que sólo ve en el Derecho un conjunto de reglas de conducta, con su estructura y principios. Desde luego, el Derecho es sobre todo mandatos dirigidos a los ciudadanos establecidos con el objetivo de ser obedecidos, pero también es una potente y formidable técnica de organización social. Y, por ello, cabe preguntarse por su realización, por sus funciones, por su eficacia».

Por tanto, una completa caracterización del Derecho como sistema de organización social no puede quedarse únicamente en el análisis de las diferencias entre el Derecho y la moral, o el Derecho y los usos sociales o sus relaciones con el poder político, económico o religioso. Y es que como dice Recasens Siches, «mucho se ha logrado, al aclarar todas esas distinciones y diferencias. Pero, con esto, aún no tenemos una representación cabal del Derecho. Es necesario darnos cuenta de cuáles son las funciones que el derecho desempeña en la humana existencia».

1. La influencia del Derecho sobre la realidad social

Si decimos que el Derecho es parte de la realidad social desde su dimensión fáctica, esto es, que se comporta como un hecho que está influyendo en el grupo social y viceversa, hay que afirmar de qué modo se da esa influencia del Derecho sobre la realidad social.

El Derecho no es algo aislado que funcione de un modo interno, sino que es una parte de la totalidad social compuesta en dinámica interacción con otros factores sociales, históricos, culturales, políticos, económicos, etc. El Derecho es un orden regulador de la convivencia social, da estructura al grupo para que la vida social no sea un caos, para que se realice de un modo pacífico. Pensemos en cómo eran las comunidades primitivas donde no había normas y los hombres se atacaban unos a otros dejándose llevar por su instinto naturalmente agresivo («el hombre es un lobo para el hombre», dijo Hobbes, tomando este aforismo del mundo clásico), situación a la que puso fin la aparición del Derecho. Este ha supuesto a lo largo de la historia un factor *civilizador* y *cultural* de singular importancia. Gracias al Derecho las relaciones entre los hombres han ido perdiendo agresividad; se ha perdido la visión de que triunfa siempre el fuerte sobre el débil, sustituyéndola por un sistema en el que el imperio de lo jurídico ha hecho posible que el débil pueda enfrentarse al fuerte mediante la razón del Derecho. Se han introducido en la sociedad elementos éticos de gran importancia en las relaciones intersubjetivas, como la dignidad humana, el valor de la vida, la libertad en todas sus manifestaciones. Nuestra cultura se basa precisamente en uno de sus pilares más importantes en el Derecho romano, conjuntamente con el cristianismo y la filosofía griega.

Y es que el Derecho posibilita la creación de las estructuras y de los medios para que se pueda dar una vida auténticamente humana en sociedad. Imaginemos por ejemplo a Robison Crusoe, un hombre aislado, apenas puede desarrollar su personalidad. Por eso, el ser humano siempre ha adoptado una forma de vida colectiva, es un ser social por naturaleza que necesita de los otros y de una convivencia pacífica para vivir auténticamente. Y el Derecho es la condición de posibilidad para que eso se dé y cada cual dé sus frutos. De hecho, el Derecho juega un papel importante en la promoción de determinados cambios sociales (por ejemplo, sistema educativo, sistema tributario, sistema social, etc.).

Así la sociedad es inconcebible sin el Derecho que es el que determina lo que cada uno puede hacer y lo que debe tolerar que hagan los demás, el que establece las normas de conducta que deben regir las relaciones entre los distintos miembros. De este modo, el Derecho se presenta como un factor indispensable para la realización de la forma más plena de vivir en sociedad y su influencia es esencial en la configuración de las relaciones sociales.

2. La influencia de los factores sociales en la creación y aplicación del Derecho

La estrecha conexión que existe entre el Derecho y los factores sociales hace que esa influencia mutua provoque cambios en el Derecho, tanto en su creación como en su aplicación. Si hay algo cambiante es la sociedad humana que, continuamente, modifica sus formas de comportamiento de los miembros que las integran, con la

incorporación sucesiva de las generaciones, las nuevas tecnologías, las redes de comunicación, los nuevos paradigmas de pensamiento, de ver la realidad, así como la gran movilidad de personas, lo que provoca mutaciones rápidas e incluso diríamos vertiginosas.

Todo esto es debido al dinamismo que son los grupos humanos, sometidos al ritmo imparable de la historia. Así, el Derecho debe cambiar al compás de las variaciones de lo que es objeto de su regulación. Esto hace que el Derecho esté en transformación constante.

Además, el problema del cambio social está ineludiblemente unido a la eficacia de las normas. Pensemos que si la realidad social que regula el Derecho cambia, y la norma no se transforma a la vez, esta norma no se cumplirá, o bien no realizará los efectos para los que se había promulgado. Es claro que cuando se produce un cambio social puede influir no sólo en la modificación de la norma jurídica, sino en la aplicación de las mismas. Un ejemplo claro, son las distintas sentencias del Tribunal Constitucional que con su doctrina van modificando la interpretación, alcance y naturaleza del articulado de la Constitución.

De ahí que tanto los legisladores como los operadores jurídicos deban estar atentos a dichos cambios si quieren que el Derecho vigente sea eficaz.

II. PRINCIPALES FUNCIONES DEL DERECHO

En este epígrafe veremos más concretamente cómo actúa el Derecho en la sociedad, esto es, las funciones que desempeña. No es este el ámbito para adentrarnos en la polémica definición de lo que entendemos por función. Para nuestro propósito, *función* comprendería las consecuencias de orden social que proyectan la existencia y el funcionamiento del Derecho vigente en un grupo determinado.

Las funciones son varias y todas ellas interconectadas entre sí. Las distinciones que se realizan a continuación son más bien de tipo didáctico, porque en la realidad se solapan unas y otras.

Según la mayoría de la doctrina se puede afirmar que las funciones del Derecho son las siguientes:

- función de *orientación y de organización;*
- función de *integración y de control;*
- función de *pacificación y resolución de conflictos;*
- función de *limitación y legitimación de los poderes sociales;*
- función *promocional de la justicia y del bienestar de los ciudadanos*

Algunos autores, como es el caso de I. Ara, consideran a éstas como funciones indirectas, diferenciándolas así de las directas que serían las que desarrollan por sí solas la

existencia y el funcionamiento del Derecho, sin tener en cuenta el tipo y el nivel de interiorización subjetiva de las normas por parte de los destinatarios. Entre éstas se encontrarían la represión de conductas consideradas lesivas o peligrosas para la integridad de determinados bienes jurídicos; la incentivación de ciertas actitudes sociales; la determinación del *status* de cada miembro de la colectividad; la distribución de bienes y cargas; la instauración de poderes públicos con sus respectivas competencias.

Veámoslo detenidamente.

1. La función de orientación y de organización

El Derecho es un sistema que realiza una labor de «ingeniería social» en terminología popperiana, como mecanismo conformador de nuevas realidades sociales haciendo que los sujetos se comporten en un modo determinado. Esta función se presenta como una de las más importantes, y así se desprende también del hecho de que ya se venía afirmando desde Platón, Aristóteles, el pensamiento cristiano, Rousseau, Kant o Hegel con la denominación de función *pedagógica* del Derecho. Es decir, no es baladí lo que el Derecho mande o prohíba, porque los efectos de estos mandatos no son coyunturales, sino que son orientaciones que van educando a la sociedad en un determinado modo de actuar y pensar.

El Derecho se concentra en la dirección de la conducta, allí donde existen, o son de esperar, conflictos de intereses. Así regula especialmente la distribución de los bienes escasos y deseados, desde los bienes materiales hasta los inmateriales, tales como el poder y el prestigio.

Esta función se cumple no sólo por parte de los operadores jurídicos –jueces fundamentalmente– al aplicar el Derecho, sino por todos y cada uno de los sujetos que utilizan el Derecho en sus relaciones sociales. En palabras de Rehbinder, «se trata, dicho con brevedad, de crear y de mantener un transcurrir de la vida regulado por un orden vivo, y en concreto primeramente (desde el punto de vista negativo), el injusto y el litigio, y por otro lado (desde un punto de vista positivo) haciendo que el comportamiento del individuo se encuentre en concordancia con el conjunto del grupo».

Y es que en sociedades dinámicas como la nuestra, con su gran movilidad, el Derecho no sólo tiene que evitar –reprimiendo– las conductas antijurídicas, sino que tiene que cuidar y velar por una reorientación y transformación del comportamiento, del emerger de nuevas costumbres y de la formación de nuevas expectativas de la conducta, que correspondan a las condiciones cambiantes de la vida del grupo o del individuo.

Para resolver los conflictos, que en toda sociedad se producen, el Derecho positivo opera de la siguiente manera:

a) Clasifica los intereses opuestos en dos categorías: 1º Intereses que merecen protección, y 2º intereses que no la merecen;

b) Establece una tabla jerárquica en la que determina, respecto de los que merecen protección, cuáles deben tener prioridad o preferencia sobre otros intereses, y los esquemas de posible armonización o compromiso entre intereses parcialmente opuestos;
c) Define los límites dentro de los cuales esos intereses deben ser reconocidos y protegidos, mediante preceptos jurídicos que sean aplicados congruentemente por los operadores jurídicos –en caso de ser necesario-;
d) Establece y estructura una serie de órganos para:
   - declarar las normas que sirvan como criterio para resolver los conflictos (poder legislativo, poder reglamentario...);
   - ejecutar las normas (poder ejecutivo y administrativo)
   - dictar normas individualizadas (sentencias y resoluciones) en las que se apliquen las reglas generales (poder jurisdiccional).

En todo este proceso operan muchos y variados hechos sociales. Todos actúan sobre la mente y la voluntad de quiénes hacen el Derecho, en sentido amplio: legisladores, funcionarios administrativos y jueces.

2. La función de integración y de control

Esta función constituye una consecuencia lógica de la función anterior. A través de la orientación de los comportamientos de los individuos se logra el control del grupo social: cualquier sistema normativo, que pretende la orientación de las conductas de los individuos, ejerce una función de control social. Esta función consiste básicamente en la orientación del comportamiento de los individuos, con la finalidad de lograr y mantener la cohesión de un grupo social. Esto lo corrobora el hecho de que las normas han sido uno de los medios de control social con mayor protagonismo en la historia de los procesos de organización de los diferentes grupos. Si, además, esas normas presentan un carácter coactivo, como las jurídicas, esa función se acentúa. Así, la mayoría de los autores coinciden en afirmar que la función de control social es la más importante que tiene atribuida el Derecho.

Los medios a través de los que ejerce esa función el Derecho son variados. Entre ellos, Fariñas señala las siguientes técnicas:

- las técnicas «*protectoras*» y «*represivas*» son aquellas que tienden a imponer obligaciones o prohibiciones, a los individuos bajo la amenaza de una pena o sanción de tipo negativo. Este tipo de técnicas son las propias del Estado liberal clásico, donde el Derecho es un garante de la autonomía y del libre juego del mercado, sin apenas intervención.

- Las técnicas «*organizativas*», «*directivas*», «*regulativas*» y de control público son aquellas mediante las cuales el Derecho organiza la estructura social y económica, y es hoy un mecanismo muy utilizado con la transición del modelo de Estado liberal al social e intervensionista. Se caracteriza por un aumento de las estructuras normativo-burocráticas de carácter público.
- Las técnicas «*promocionales*» o de «*alentamiento*» son aquella que pretenden persuadir a los individuos para la realización de comportamientos socialmente necesarios. Para ello se utiliza las 'leyes-incentivo' a las que se une un tipo de sanción 'positiva', que puede consistir en la concesión de un premio o compensación por una determinada acción. De acuerdo con Bobbio, no se trata de una invención de técnicas, sino de la aparición de una nueva función del Derecho –la *promocional* frente a la represiva-, que junto con la función *distributiva*, a través de la cual quienes disponen del aparato jurídico asignan a los miembros del grupo social los recursos económicos y no económicos de que disponen, conformarían el nuevo Estado social, asistencial.

3. La función de pacificación y resolución de conflictos

Esta función parte de la constatación de que las relaciones sociales son conflictivas. La convivencia social lleva consigo una interacción, cuya estructura lejos de ser armónica es conflictual y ello es así porque la vida social está caracterizada por exigencias de comportamiento antagónicas entre sí.

Y es que como afirma Recasens, cada persona y cada grupo tiene una multitud de deseos que satisfacer y, frecuentemente, entran en conflicto entre ellos. En principio, no hay más que dos procedimientos para zanjar los conflictos: o bien por la fuerza, o bien por medio de una regulación objetiva, la cual sea obedecida por las dos partes en conflicto. Este último es el camino adoptado por las normas jurídicas con el fin de evitar que la fuerza sea la que decida tales conflictos.

Hasta ahora se venía viendo esta función del Derecho como de «resolución de conflictos», sobre todo por la influencia de la visión anglosajona del Derecho, como resolución judicial. Sin embargo, en los países pertenecientes al Derecho continental, como es nuestro caso, esta función no es atribuida exclusivamente al juez, sino que ya en la fase legislativa se abordan los conflictos porque precisamente el Derecho surge como mecanismo para resolverlos. Así, el conflicto se puede considerar también en su aspecto positivo como un estímulo para el desarrollo de nuevas ideas y, por consiguiente, nuevas normas. No podemos olvidar que todo cambio, en todos los ámbitos, también en el jurídico, ha surgido de un conflicto.

Esta función, por lo tanto, va más allá o más acá, depende desde donde nos situemos, en el sentido de que no se trata de resolver, como dice Ferrari, sino de «tratar» esos conflictos. Eso es lo que hace que se denomine a esta función *de tratamiento de*

los conflictos declarados. Y es que la tarea del orden jurídico en este sentido no acaba nunca, muy al contrario, está siempre en curso de reelaboración. Es así, porque los intereses no reconocidos o no protegidos, siguen ejerciendo su presión para obtener mañana el reconocimiento que ayer no consiguieron.

Además, hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones el mismo derecho crea los conflictos. Es lo que Ferrari denomina la capacidad *disgregadora* del Derecho. Si como hemos dicho la misma legislación puede ser impulsora de transformaciones sociales y económicas, estos mismos cambios pueden originar conflictos. E incluso, la misma resolución judicial, puede verse como productora de los mismos, no sólo porque puede ser recurrida ante otras instancias judiciales, sino porque la situación que ha creado no es más que un cambio de situación, susceptible de crear nuevos conflictos. Según la visión sociológica, toda decisión, parcial o final que se asuma en el curso de la interacción, no es otra cosa que un acontecimiento que contribuye a producir otros y, por tanto, no es, ni aún teóricamente, un hecho resolutivo sino sencillamente un 'cambio de la situación'».

4. La función de limitación y legitimación de los poderes sociales

En la actualidad y, sobre todo desde la perspectiva de la sociología, ha cambiado el concepto de legitimación del poder. Como afirma De Lucas, legitimación hace referencia al hecho de la aceptación o del rechazo social de una pretendida legitimidad. En ese sentido, el Derecho busca así la legitimación del poder establecido a través del consenso de la ciudadanía. Se trata, en definitiva, de lograr el consenso entre los ciudadanos, procurando su adhesión al modelo organizativo que se inscribe en las normas jurídicas.

A la vez, la legitimación del poder político por parte del Derecho implica que éste limita el poder organizándolo, es decir, lo somete a determinadas formas, especifica una serie de competencias, unos determinados procedimientos. De no ser así, el poder llegaría tan lejos como llegase la influencia efectiva que ejerciera en cada momento. La organización jurídica del poder dota a éste de una mayor estabilidad, de una mayor regularidad; pero al mismo tiempo, limita el alcance de ese poder, porque tal alcance está definido, determinado, delimitado por el Derecho, lo que le aleja de la posibilidad de ser un poder arbitrario.

5. La función promocional de la justicia y del bienestar de los ciudadanos

Las funciones analizadas hasta ahora se puede decir que son las más importantes que realiza el Derecho. Sin embargo, no agotan todas las posibilidades del Derecho. Así, Ferrari incluye otras muchas como funciones secundarias, a saber, función dis-

tributiva, función organizativa, función integradora, educativa y promocional. En realidad, cualquier objetivo personal que pueda lograrse a través de una norma jurídica puede dar lugar a una función secundaria. Toda norma de Derecho es susceptible de ser utilizada por los individuos actuantes. Todas ellas vienen a confluir en la más general que es la de regulación de la vida social.

La función promocional de la justicia y del bienestar de los ciudadanos implica una posición activa del Derecho y del Estado con la intención de promover situaciones más justas en la complejidad de la realidad. Según Bobbio, las dos funciones tradicionales del Derecho, la protectora y la represiva, se han quedado cortas para recoger todo lo que el Derecho abarca en la actualidad, con un progresivo aumento de las normas de organización y un Estado que, sobre todo en aspectos sociales, es cada vez más intervencionista. Responde, pues a un modelo de Estado finalista cuyas pretensiones no se limitan, como afirma Ara, a mantener pacíficamente el *statu quo*, asumiendo el objetivo de modificarlo para hacerlo más satisfactorio. En él el individuo no se ve únicamente compelido a actuar de un modo determinado para evitar la imposición de castigos, etc., sino que además resulta estimulado a la realización de determinados comportamientos a través de toda una serie de alicientes o compensaciones, por ejemplo, la desgravación fiscal que acompaña a la compra de la primera vivienda, o en esta época de crisis económica las distintas medidas para incentivar el consumo, o las ayudas para las empresas que contraten a personas con discapacidad, para lograr la integración de este colectivo en riesgo de exclusión social, etc.

En esta función hay que distinguir las *técnicas promocionales* (incentivos, premios, etc.), anteriormente vistos, con los *fines* que se pretenden promocionar. Y dentro de estos fines, cabría destacar: **fines generales** o estados de cosas, de **valores** que sean considerados buenos en sí mismo por el Derecho, bien por razones de utilidad, bien por razones de principio. Esta función promocional de la justicia por parte del Derecho quiere poner de manifiesto la otra cara, más amable, de la sanción y de la represión con la que muchas veces se identifica el Derecho. Éste ya no sólo actúa ante conductas o hechos ilícitos, sino que activa su «maquinaria» ante actos valorables positivamente. Es aquí donde se afirma que el Derecho puede configurar las condiciones de vida. El Derecho puede activar al grupo, puede proponer metas para el futuro, etc.

Referencias bibliográficas

Si desea ampliar, profundizar o contrastar la explicación de esta lección, puede encontrar ayuda en:

ARA PINILLA, I. *Teoría del Derecho,* Madrid, Taller Ediciones JB, 1996, pp. 479-492.
BOBBIO, N., «La funzione promociónale del diritto rivisitata», *Sociología del Diritto,* 1984, n. 3, pp. 26 ss.
DE CASTRO CID, B., MARTÍNEZ MORÁN, N., *Diecisiete lecciones de Teoría del Derecho,* Madrid, Editorial Universitas, 2011.
DE LUCAS, J. (coord.), *Introducción a la teoría del Derecho,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 85-98.
FERRARI, V., *Funciones del derecho,* Madrid, Debate, 1989.
RECASENS SICHES, L., *Introducción al estudio del Derecho,* México, Porrúa, 1990.
REHBINDER, M., *Sociología del Derecho,* Madrid, Pirámide, 1981.
MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Curso de Teoría del Derecho,* La Rioja, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 1998, pp. 89-117.
PECES BARBA, G. y otros, *Curso de Teoría del Derecho,* Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 47-59.

Ejercicios de autoevaluación

1. Exponga las dos concepciones más generales de la eficacia.
2. ¿Qué diferencia existe entre análisis estructural y funcional del Derecho?
3. Indique las funciones del Derecho más relevantes
4. Explique en qué consiste la función de orientación social del Derecho
5. ¿Las técnicas protectora y represiva del Derecho son propias del Estado del bienestar? Razone su respuesta.
6. En una ley que otorgue subvenciones a las empresas que contraten personas con discapacidad, ¿qué tipo de función ejerce el Derecho? Razone su respuesta
7. Explique qué se entiende por función disgregadora del Derecho

UNIDAD DIDACTICA II
LA NORMA JURÍDICA Y SISTEMA NORMATIVO

Objetivo general de la Unidad II

El objetivo general de esta Unidad Didáctica II es centrar ya la atención del estudiante en el análisis *estructural* del Derecho propiamente dicho. Una vez que se ha visto en las lecciones anteriores un concepto general del Derecho, así como sus diferencias y similitudes con otros órdenes normativos de la sociedad, en esta Unidad se estudiarán aquellos aspectos más específicos, propios y estructurantes del Derecho, como son: la norma jurídica, el ordenamiento jurídico, la interpretación y aplicación del Derecho y los conceptos jurídicos fundamentales.

Esta Unidad Didáctica II está integrada por cuatro temas. En el tema 6 profundiza en la naturaleza, estructura y la pluralidad de la norma jurídica. En el tema 7 aborda el estudio del Derecho como sistema u ordenamiento jurídico y los principios que lo caracterizan, como unidad, coherencia y plenitud. En el tema 8 analiza la problemática teórica y práctica de lo que supone en el Derecho la cuestión de su interpretación y aplicación. Para finalizar esta *unidad didáctica II*, se abordará en el tema 9, el análisis de algunos conceptos jurídicos fundamentales, tales como persona jurídica, hechos y actos jurídicos, la relación jurídica, la situación jurídica, la sanción jurídica y la institución jurídica.

TEMA 6.
Teoría de la Norma Jurídica

Mª Eugenia Gayo Santa Cecilia

Sumario

I. *Naturaleza de la norma jurídica: Concepto y caracteres.* 1. Las diferentes teorías acerca de la naturaleza de las normas jurídicas. 1.1. *Tesis imperativistas.* 1.2. *Tesis antiimperativistas.* 1.2.1. Teoría de la norma jurídica como juicio hipotético. 1.2.2. Teoría de la norma jurídica como regla técnica. 2. Los caracteres de las normas jurídicas. II. *La Estructura de las normas jurídicas.* 1. El supuesto jurídico. 2. El *deber-ser.* 3. La consecuencia Jurídica. III. *Pluralidad (diversidad) de las normas jurídicas.* 1. Clasificación de las normas jurídicas.

Objetivos

En el presente tema se plantean los aspectos relativos al concepto de norma jurídica y cuáles son los caracteres que permiten diferenciarla de los tipos normativos que se integran en otros órdenes reguladores de la conducta humana, analizando cuáles pueden ser sus contenidos y cómo se manifiesta formalmente (es decir, cuál es su estructura). Una vez analizadas estas cuestiones, se plantea además cómo, pese a presentar una estructura y aspectos comunes, pueden existir múltiples tipos de normas jurídicas, que pueden clasificarse atendiendo a diversos criterios.

Resumen

Si consideramos a las normas jurídicas como elementos individuales y uniformes mediante los que se pretende instaurar un orden social, debemos comenzar analizando el problema del **concepto** de norma jurídica, poniendo de manifiesto que el establecimiento de dicha noción va intrínsecamente unido al problema de su naturaleza por lo que, dependiendo de cómo configuremos a la norma, la definición que obtendremos será diferente.

Al abordar la cuestión sobre la **naturaleza** de las normas jurídicas nos planteamos *¿qué es una norma jurídica?* y la respuesta a ese interrogante no puede ser unívoca puesto que, frente a los seguidores de las *tesis imperativistas*, que las consideran como mandatos o imperativos, otros autores (los defensores de las *tesis antiimperativistas*) apuestan por atribuirles la consideración de *juicios hipotéticos* (condiciones que generan las consecuencias previstas por sus creadores) o *reglas técnicas* (procedimientos que han de ser seguidos si quiere alcanzarse el resultado deseado).

Una vez fijada la naturaleza debemos establecer si es posible atribuir unos **caracteres** típicos ó específicos a las normas jurídicas. En este sentido y, junto a la nota de la *juridicidad* (pertenencia a un sistema que es jurídico), habitualmente se señalan como rasgos de las normas jurídicas la *generalidad* (las disposiciones normativas vinculan a toda una categoría de sujetos), la *abstracción* (las normas fijan diferentes clases de conductas o acciones a cuya realización les atribuye unas determinadas consecuencias), la *normatividad* (las normas prescriben actuaciones que deben ser realizadas por sus sujetos destinatarios) y la *validez* que supone que han de elaborarse siguiendo los procedimientos establecidos y por los sujetos legitimados para su creación -*validez formal*- y que su regulación ha de atemperarse a las directrices fijadas por las normas jerárquicamente superiores y por los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico -*validez material*-.

En cuanto a la **estructura** de las normas jurídicas (*¿cómo son las normas jurídicas?*), la cuestión se centra en determinar si, pese a la pluralidad y diversidad normativa, desde un punto de vista lógico-formal responden o no a una misma estructura, lo que nos conduce al análisis de los diferentes elementos que conforman dicha estructura: el *supuesto jurídico* (la hipótesis o condición cuya realización genera consecuencias), la *consecuencia jurídica* (los efectos provocados por la realización en el ámbito social de los diferentes supuestos) y el *deber-ser* (el nexo que vincula los dos elementos anteriores y que en base al principio de imputación supone que la relación entre supuestos y consecuencias se produce porque así lo ha establecido el creador de la norma).

Por último y dado que no existe una única categoría o tipología de normas jurídicas, se establecen diferentes clasificaciones de las normas jurídicas elaboradas a partir de criterios diversos (función que desempeñan, órgano emisor, grado de vinculatoriedad, etc.) por lo que, según cuál sea el criterio seleccionado así será la clasificación realizada, que nunca podrá tener un carácter exclusivo ni excluyente respecto a las que otros autores hayan podido elaborar.

I. NATURALEZA DE LA NORMA JURÍDICA: CONCEPTO Y CARACTERES

Como se ha puesto de manifiesto en el Tema 1, aunque existe un concepto de *Norma* que resulta de aplicación a cualquier tipo o clase de regulación de las conductas humanas (en este sentido, se habla de normas morales, normas sociales, normas jurídicas, etc.) en el ámbito de la Teoría General del Derecho, uno de los campos principales del desarrollo de sus investigaciones (junto con la Teoría del Ordenamiento Jurídico y la Teoría de la Relación Jurídica), se centra en la elaboración de una *Teoría de la Norma Jurídica*, al considerar que las normas jurídicas son las piezas fundamentales, aunque no exclusivas, en la construcción de la realidad jurídica y, además, constituyen la principal manifestación del Derecho, puesto que su conocimiento se logra en gran medida a través de su estudio.

Indudablemente el establecimiento de un concepto de norma jurídica va intrínsecamente unido al problema de su naturaleza puesto que, según como configuremos ésta (como mandato, como juicio hipotético, como regla técnica, etc.), la definición que obtendremos de las normas jurídicas será diferente. Por ello, resulta necesario comenzar analizando las diferentes Teorías acerca de la Naturaleza de las normas.

1. Teorías acerca de la naturaleza de la norma jurídica

Con el planteamiento del estudio de la naturaleza de la norma jurídica se intenta dar respuesta al interrogante: *¿qué es una norma jurídica y cuál es su contenido?*, cuestiones que han sido resueltas de forma diversa a lo largo de la historia del pensamiento jurídico. Las diferentes posturas doctrinales pueden ser reconducidas a dos grandes grupos de teorías: las *imperativistas* y las *antiimperativistas*, sin descartar otras concepciones que, desde posiciones mixtas, pretenden ofrecer una visión superadora de aquéllas. Cada una de estas doctrinas han dado diferentes respuestas lo que les ha llevado a definir la norma también de distinta forma.

1.1. *Tesis imperativistas*

Bajo este rótulo se engloban todas aquellas teorías que, contemplando al Derecho desde la perspectiva del poder que subyace a la juridicidad, definen a las normas jurídicas como una *orden, mandato o imperativo*.

Su origen suele situarse en la doctrina de **Austin**, que constituye la *posición imperativista más radical*. Para este autor, las normas jurídicas son la expresión de un *deseo*, ordenado por el *soberano*, que obliga al destinatario, (entendiendo por tal el conjunto de los ciudadanos), al ir acompañado de la *amenaza* de un daño o sanción que habrá de recaer sobre quien no realice las conductas mandadas o realice las opuestas a las prescritas. Desde esta perspectiva, lo que configura el *mandato* en el que toda norma consiste es la *existencia de un sujeto u órgano con poder para garantizar, en caso de incumplimiento, la amenaza del mal o daño*.

Las principales objeciones que se pueden plantear frente a esta concepción se basan, de una parte, en la necesidad de diferenciación entre *poder* y *autoridad*, al considerarse que lo que realmente caracteriza y permite diferenciar a la autenticas normas jurídicas de las meras órdenes o mandatos, es el requisito de provenir de una *autoridad legítima e institucionalizada*: es decir, una orden o mandato sólo tendrá carácter jurídico-normativo si procede de una autoridad competente[1].

[1] De esta forma sería posible diferenciar las normas jurídicas de las órdenes emanadas de un asaltante que nos conmina a entregarle nuestros objetos de valor, amenazándonos con infligirnos un daño.

Por otra parte, la concepción austiniana de la norma como mandato impide que las normas tengan una validez normativa objetiva e independiente, pues plantea la necesidad de que exista una *relación personal* entre el *mandante* (quien emite la orden) y el *mandatario* (el receptor de la misma), así como que dicho mandato sea conocido por el destinatario, lo que supone atribuir a las normas una validez subjetiva y psicológica. Por último, también cabría aducir que *el Derecho no es únicamente sancionador*, de manera que muchas de las normas jurídicas que lo integran no prevén amenaza o sanción alguna (por ejemplo las normas que confieren potestades o derechos, las normas interpretativas, etc.).

En un intento de superar algunos de los inconvenientes anteriormente señalados, principalmente la necesaria existencia de una relación entre dos voluntades (la del *emisor* del mandato y la del *destinatario* del mismo), encontramos la concepción elaborada por **Olivecrona**, quien, partiendo de la idea de que la producción jurídica es *autoobligatoria* (vincula tanto a quienes la elaboran como a quienes va dirigida), concibe a las normas jurídicas como *imperativos impersonales:* esto es, mandatos dirigidos a un conjunto de destinatarios que tienen como finalidad dar instrucciones sobre la conducta a seguir. De esta forma, las normas jurídicas son el resultado de un conjunto de actos formales «*cuya capacidad para operar sobre la conciencia de ciudadanos y funcionarios se fundamenta en una observancia generalizada*». El «elemento último» de la normatividad, que Austin asentaba en *la condición de mandato emitido por el soberano*, se desplaza en Olivecrona al *hecho de su cumplimiento efectivo por el destinatario*.

Este planteamiento presenta, como principales inconvenientes, el intentar resolver el problema de la validez objetiva de las normas (su vinculatoriedad) recurriendo a la utilización del dato de la eficacia (que las normas sean cumplidas u observadas en la vida práctica), con todos los problemas de constatación que ello plantea. Asimismo, aun aceptando que un gran número de normas de los ordenamientos jurídicos son *normas de conducta o comportamiento (imperativos)*, junto a ellas coexisten otras cuyo objetivo no es, al menos de forma exclusiva, la prescripción directa de conductas, y que, por tanto, no participarían de esta naturaleza imperativa (por ejemplo, las que establecen los criterios de interpretación de las normas.)

Finalmente, dentro del grupo de las teorías imperativistas, se puede situar la concepción de **Hart**, quien tomando en consideración las distintas funciones que las normas jurídicas desempeñan, distingue entre las denominadas *normas primarias*[2] que están dirigidas a los ciudadanos exigiéndoles determinados comportamientos e imponiéndoles deberes y las *normas secundarias*[3] que confieren potestades o derechos

[2] Esta categoría se corresponde con las tradicionalmente denominadas normas de conducta, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 195, 1 del Código Penal establece que «*El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses*»

[3] Por ejemplo, las normas que autorizan la realización de distintos tipos de testamento, o la norma que autoriza al juez a declarar nulo un acto, etc.

tanto a los particulares como a los funcionarios y entre los que distingue tres tipos: las reglas de reconocimiento, las reglas de adjudicación y las reglas de cambio, según que se refieran respectivamente a la creación, modificación o extinción de las normas primarias. De la unión de las reglas primarias y secundarias surgiría el *ordenamiento jurídico*, formando parte del mismo, con la misma naturaleza de auténticas normas jurídicas, tanto las normas prescriptivas y prohibitivas (las primarias) como las procedimentales, interpretativas, de organización, etc. (las secundarias). En suma, *Hart no niega que existan normas de naturaleza imperativa, sino que simplemente considera que el imperativo no es el modelo de toda norma jurídica.*

1.2. *Tesis antiimperativistas*

En este grupo se encuadran todas aquellas teorías que, al enfrentarse al problema de la naturaleza de la norma jurídica, se centran principalmente en *aspectos formales*, para evitar hacer referencia a la imperatividad de las normas.

1.2.1. Teoría de la norma jurídica como juicio hipotético

Esta construcción teórica, elaborada por **Kelsen**, considera que las normas jurídicas son la expresión de un deber-ser y pretenden regular las conductas humanas a través de unos juicios hipotéticos que establecen una conexión (un *deber ser*) entre un *hecho* (*un ilícito*) y una determinada *consecuencia*, que reviste la forma de *sanción*. La vinculación entre ambos elementos (ilícito-sanción) se basa en el principio de *imputación*, de tal manera que las normas jurídicas atribuyen o imputan consecuencias (sanciones) a hechos que en sí mismos no son su causa, sino sólo en virtud de que así lo establece la norma[4].

Desde esta perspectiva, las normas jurídicas tienen un *carácter esencialmente sancionador*[5] y van *dirigidas a los operadores jurídicos* (jueces y funcionarios) *encargados de la aplicación del uso de la fuerza*, que aparece así como el cometido fundamental del Derecho. Por ello Kelsen considera que éstas serían las *normas primarias*,

---

[4] Tomemos como ejemplo la norma que señala que «*Serán sancionados con multa de... quienes rebasen los límites de velocidad señalados para cada tipo de vía*». El hecho de circular a más de 120 km/h en autopistas y autovías es motivo de sanción únicamente porque existe la norma que así lo ha tipificado, considerando como ilícito el rebasar dicha velocidad, pero, en sí mismo dicho hecho no provocaría dicha consecuencia.

[5] Esta consideración lleva a Kelsen a distinguir entre las *normas completas*, que poseen en sí mismas dicho carácter, y las denominadas *normas incompletas* que, al carecer de alguno de sus elementos esenciales, principalmente el carácter sancionador, han de ser puestas en relación con una norma completa para poder ser consideradas como auténticas normas jurídicas.

mientras que las normas dirigidas a los ciudadanos (las denominadas *normas secundarias*[6]) se contienen de forma implícita en las primeras.

1.2.2. Teoría de la norma jurídica como regla técnica

Para los seguidores de esta concepción, las normas jurídicas han de considerarse instrumentos para la consecución de fines sociales, por lo que se entiende que, lejos de poseer un carácter imperativo, únicamente *proporcionan o señalan los medios y procedimientos a seguir si se desean alcanzar dichos fines*. Desde esta perspectiva, las normas jurídicas se asemejarían a las *reglas técnicas* existentes en el campo científico, que describen los procedimientos que han de realizarse para la obtención de un óptimo resultado[7].

La principal objeción que cabe plantear a esta tesis sería que no parece posible que los fines sociales que se pretenden alcanzar con la creación del Derecho (orden, seguridad, libertad, etc.) se puedan lograr si se considera a las normas como un conjunto de medios opcionales ofertados a los diferentes sujetos, ya que de esta forma el cumplimiento del Derecho podría quedar supeditado a razones morales, pragmáticas, utilitaristas, etc. de todos y cada uno de los sujetos destinatarios[8].

2. Los caracteres de las Normas Jurídicas

Actualmente numerosos autores defienden que el rasgo que permite diferenciar a las normas jurídicas de otros tipos normativos (normas morales, reglas sociales, etc.) es *su pertenencia a un sistema que es jurídico* y que, sólo por el hecho de formar parte del ordenamiento jurídico adquieren el rasgo de la ***juridicidad*** que las caracteriza y distingue, no considerando, por tanto necesario, realizar ningún otro análisis respecto a sus características.

Pues bien, aunque es cierto que el carácter de la ***juridicidad*** resulta fundamental, sin embargo también cabe señalar otros rasgos que, tradicionalmente se han estima-

---

[6] Así de la norma anteriormente referida que establece la sanción que ha de imponerse a quienes superen los límites de velocidad se deriva la norma *secundaria*, dirigida al ciudadano: «*No se debe circular a mayor velocidad de la permitida*».

[7] Por ejemplo, la regla que señala la temperatura a la que hierve el agua, lo que hace es indicarnos qué debemos hacer si queremos alcanzar tal resultado. Obviamente, se trata de una regla esencialmente distinta a las jurídicas en su enunciado: *El agua hierve a 100 grados centígrados* es la descripción de un fenómeno inexorable, al menos en circunstancias normales, y no una prescripción dirigida a orientar la conducta. Pero las consecuencias son similares.

[8] Obviamente no puede tener la misma naturaleza una auténtica regla técnica, como sería la que me indica qué debo hacer si quiero que mi televisión funcione correctamente, que la norma que establece las obligaciones que adquiero cuando celebro un contrato de compraventa.

do como típicos de las normas jurídicas y que pueden ser coincidentes con los caracteres del Derecho Objetivo, es decir del Derecho considerado como conjunto (recuérdese lo señalado en el Tema 3).

Si consideramos al Derecho como orden regulador de conductas sociales para lograr que exista una convivencia social estable y armoniosa, parece lógico afirmar que, únicamente podrá cumplir dicha finalidad, si las normas jurídicas afectan a todos los sujetos que forman parte del grupo social. Es en este sentido en el que se suele utilizar el término ***generalidad***, para poner de manifiesto que las normas jurídicas se dirigen y vinculan a *toda una categoría o clase de sujetos*. Para lograrlo, las normas crean una serie de *tipos jurídicos*[9] (comprador, vendedor, arrendador, arrendatario, prestamista, prestatario, acreedor, deudor, etc.) estableciendo, al mismo tiempo, los derechos y obligaciones que, en cada momento les corresponden, de forma que, cuando cualquier sujeto concreto realiza las conductas que caracterizan a los *tipos* descritos (por ejemplo, comprar o vender un objeto), le serán de aplicación los efectos previstos en dichas normas. Con este carácter que hace referencia al sujeto pasivo o destinatario de la norma, la doctrina ha puesto de manifiesto que se pretende cumplir con uno de los fines fundamentales del Derecho: *el valor igualdad*[10].

Otro de los caracteres que habitualmente se atribuye a las normas jurídicas y que hace referencia a su objeto, es el rasgo de la ***abstracción***, que debe ser entendido en el sentido de que las normas jurídicas contemplan o regulan determinadas categorías o clases de conductas o acciones (matar, robar, comprar, arrendar, etc.) atribuyendo al hecho de su realización unas determinadas consecuencias jurídicas. De esta forma la determinación por la norma de los efectos atribuidos a cada acto permite a todos sus destinatarios adecuar sus comportamientos a lo previsto normativamente y, por tanto, conocer de antemano las consecuencias que se derivarán de la transgresión de lo estipulado, lo que indudablemente contribuye a la realización de otro de los fines a los que debe de tender el Derecho, el de la *seguridad jurídica*[11].

Por otra parte, si como hemos mencionado anteriormente, todas las normas jurídicas pretenden regular las conductas o acciones de aquellos sujetos que, en cada momento, han de considerarse sus destinatarios, parece que con su existencia se pretende establecer pautas o «*exigencias vinculantes de comportamiento*»; es decir, las nor-

---

[9] Pensemos en los «tipos jurídicos» como si fueran disfraces: el disfraz de comprador, de cónyuge, de vendedor, de arrendador, etc. Si tenemos en cuenta que cada disfraz incluye una serie de derechos y obligaciones, sea quien sea el sujeto que se ponga ese disfraz, tendrá esos derechos y deberes, por lo que jurídicamente les afectarán las mismas normas.

[10] Por tanto la afirmación «*las normas nos obligan a todos*» no resulta del todo correcta ya que realmente sólo obligan a aquellos sujetos que realizan las conductas establecidas en ellas (es decir, si yo no realizo la acción de alquilar una vivienda no quedaré obligado por las normas que regulan el arrendamiento); lo que sí podemos afirmar es que el Derecho como conjunto nos vincula a todos.

[11] Si los sujetos conocen de antemano qué conductas están permitidas y cuáles están prohibidas podrán actuar sabiendo las consecuencias (positivas o negativas) de sus actos.

mas jurídicas tienen un carácter ***normativo***, ya que prescriben las actuaciones que *deben ser* realizadas por los ciudadanos. Pero para poder cumplir esta *función normativa* de determinar con carácter vinculante cuáles son las conductas jurídicas a realizar, es necesario que las normas jurídicas tengan «fuerza» para surtir efectos, o lo que es lo mismo, han de ser válidas (recuérdese lo dicho en los temas 2 y 3). Pues bien, este carácter de ***validez*** puede analizarse desde dos perspectivas distintas:

- Desde el punto de vista *formal,* las normas serán válidas cuando hayan sido elaboradas o creadas por los órganos o autoridades a los que el ordenamiento jurídico ha conferido legitimidad y capacidad para su creación y siguiendo los procedimientos formalmente establecidos para ello (***validez en sentido formal***)[12].
- Pero, además, como las normas no son entidades aisladas sino que forman parte de un conjunto o sistema dentro del que entablan relaciones lógicas con las restantes normas, desde el punto de vista *material,* su contenido debe estar en consonancia con el de las normas jerárquicamente superiores que contengan los principios reguladores y los valores fundamentales inspiradores del Ordenamiento jurídico (***validez en sentido material***)[13].

Por tanto ***juridicidad, generalidad, abstracción, normatividad y validez*** son los principales rasgos o caracteres de las normas jurídicas que permiten su diferenciación con otros tipos de normas que, aunque también están destinadas a la regulación de las conductas humanas, pertenecen a otros órdenes normativos (los que se han señalado en el Tema 1).

II. LA ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA

Con el estudio de la estructura de las normas jurídicas se pretende conocer *cómo son las normas y cuáles son sus elementos integrantes*, ya que, con independencia de cuál sea su contenido, la mayoría de las normas jurídicas están formadas por una serie de elementos comunes que dan lugar a una determinada estructura lógico-formal.

Suele ser habitual recurrir a la doctrina kelseniana y considerar que las normas jurídicas responden a la estructura: «*Si es H debe ser* C», lo que permite distinguir tres

[12] Por ejemplo, una Ley Orgánica ha de ser elaborada por el Parlamento a través el procedimiento fijado al efecto mientras que si es un Bando Municipal será elaborado por el Alcalde siguiendo el procedimiento que corresponda.

[13] Las disposiciones contenidas en un Reglamento de Régimen Interior de un Departamento Universitario no pueden contravenir lo dispuesto en los Estatutos de la Universidad (que se aprueban mediante Real-Decreto).

elementos: el *supuesto de hecho o supuesto jurídico* (H) y la *consecuencia jurídica* (C), que se relacionan a través de un nexo de *deber ser*.

Debemos tener en cuenta que aunque algunas normas jurídicas contienen en una misma disposición todos los elementos señalados (supuesto, nexo y consecuencia), dado el grado de complejidad alcanzado por los sistemas jurídicos modernos y las necesarias relaciones que se establecen entre las normas que los integran, suele ser frecuente que dichos elementos se plasmen en diversas normas jurídicas, por lo que se hace necesario proceder a un análisis en conjunto de todas las disposiciones para poder obtener un conocimiento completo de la consiguiente reglamentación[14].

1. El Supuesto jurídico

Se entiende por *supuesto de hecho o supuesto jurídico*, la condición o hipótesis (en la terminología kelseniana, *el ilícito*) contemplada por la norma y cuyo cumplimiento o incumplimiento genera las consecuencias jurídicas en ella establecidas.

Esta condición o hipótesis puede consistir en:

- Un *hecho jurídico*, es decir cualquier fenómeno o acontecimiento natural que produzca efectos jurídicos, como por ejemplo el nacimiento o la muerte de una persona;
- Un *acto jurídico libre* realizado por aquellos sujetos jurídicos que al ser titulares de un derecho subjetivo (v.gr. el propietario de un bien) les faculta para desarrollar determinados actos jurídicos (enajenarlo, gravarlo, donarlo, etc.);
- Un *acto jurídico obligado* que consistiría en la realización de aquellas prestaciones que han de ser realizadas como consecuencia del deber jurídico impuesto por la norma (por ejemplo, las obligaciones que afectan a los sujetos que han entablado una determinada relación jurídica: las obligaciones conyugales, paterno-filiales, contractuales, etc.);
- Una *situación jurídica* que genera consecuencias jurídicas permanentes surgidas por el *status* o posición jurídica que los sujetos ocupan en el ámbito de las relaciones sociales[15].

Como hemos indicado anteriormente, los actuales ordenamientos jurídicos presentan una enorme complejidad y, por ello, algunas de las normas que los integran

[14] De ahí la distinción realizada por Kelsen (mencionada al analizar la Teoría de la Norma como Juicio hipotético) entre *normas completas* y las denominadas *normas incompletas*.

[15] Por ejemplo, si un Diputado o Senador comete algún acto ilícito debe ser juzgado por el Tribunal Supremo por tener ese status y cuando deje de ocupan esa posición jurídica puede ser juzgado por un Juez o Tribunal ordinario.

pueden contener en su enunciado una o varias hipótesis o condiciones, lo que permite distinguir entre los supuestos jurídicos *simples* o *complejos*. Cuando las normas contienen supuestos jurídicos *complejos*, puede ocurrir que la realización de uno de ellos provoque la nulidad de los efectos jurídicos de los restantes (estaríamos ante los supuestos jurídicos *en situación de incompatibilidad*[16]), o que, al relacionarse las distintas condiciones previstas por la norma, se refuercen los efectos jurídicos que cada uno de ellos produciría por separado (los supuestos jurídicos en *situación de compatibilidad*[17]).

Por otra parte, como el Derecho es un conjunto o sistema en el que coexisten múltiples normas que mantienen entre sí vínculos lógicos, no ha de resultar extraño que, en ocasiones, sus elementos estructurales se encuentren dispersos en varias disposiciones. Así, cuando la norma jurídica ha contemplado un supuesto jurídico que por sí mismo genera las consecuencias jurídicas previstas, estamos ante los denominados *supuestos jurídicos independientes* (por ejemplo, el nacimiento de una persona). En cambio, si para producir sus efectos el supuesto jurídico ha de ponerse en conexión con otro u otros, se trata de un *supuesto jurídico dependiente* (sería el caso de una donación sometida a condición).

Finalmente cabe señalar que normalmente las normas contienen supuestos jurídicos que surten efectos desde el mismo momento de su realización (*supuestos jurídicos de eficacia inmediata*) pero en ocasiones la norma puede establecer que la eficacia del supuesto jurídico quedará condicionada a que se produzca un acontecimiento futuro (*supuestos jurídicos de eficacia mediata*[18]).

2. El deber-ser

Como ya hemos señalado, Hans Kelsen considera que las normas jurídicas, como medios de regulación de la conducta, son la expresión de un «*deber ser*».

Así, según expusimos anteriormente –al explicar la doctrina kelseniana respecto a la naturaleza de las normas jurídicas–, frente a lo que sucede en el campo de las leyes naturales que tienen naturaleza descriptiva y, por ello, el nexo entre la «causa» y el «efecto» se fundamenta en el principio de *causalidad necesaria* de manera que, si se produce la causa necesariamente se produce el efecto[19], en cambio, en el ámbito de lo jurí-

[16] Sería el caso del desistimiento de la acción civil de reclamación de cantidad: si el acreedor perjudicado decide retirar la demanda presentada ante los Tribunales, el procedimiento que hubiera comenzado a tramitarse se paraliza.

[17] Por ejemplo los supuestos de reconocimiento de doble nacionalidad.

[18] Un ejemplo sería un contrato de venta de los frutos de la cosecha, cuya realización queda supeditada a que existan dichos frutos

[19] Así, según la ley de la gravedad, dándose las condiciones establecidas, los objetos que más pesan caen; o si se calienta el agua a más de 100 grados, hierve, etc.

dico, las consecuencias jurídicas previstas en las normas surgen porque alguien lo ha establecido y se las ha atribuido o imputado a cada uno de los Supuestos Jurídicos.

Por tanto, el nexo que vincula al Supuesto Jurídico con la Consecuencia Jurídica se basa en el principio de *imputación o atribución*, un principio que pertenece al campo de lo normativo (del *deber ser)* y que provoca que las consecuencias planteadas en las normas jurídicas se vinculen con los hechos que las desencadenan **únicamente** porque así se ha establecido por la correspondiente autoridad normativa[20].

3. La Consecuencia jurídica

Este elemento normativo hace referencia a los efectos que se derivan por haberse realizado o haber acontecido, en el ámbito social en el que la norma está vigente, el supuesto jurídico previsto normativamente.

Como se ha señalado al analizar las teorías acerca de la naturaleza de las normas jurídicas, para algunos autores las normas jurídicas únicamente contemplan sanciones como consecuencias derivadas del incumplimiento de lo prescrito en ellas[21]. Sin embargo, también es posible aceptar que, dada la diversidad de normas jurídicas que forman parte de los modernos ordenamientos jurídicos, las consecuencias jurídicas pueden presentar una naturaleza plural. En este sentido y en términos generales, cuando el supuesto jurídico contiene una *prohibición*, la consecuencia jurídica revestirá la forma de *sanción*, mientras que, si el supuesto jurídico contempla una *obligación* dará lugar, bien a consecuencias jurídicas *directas* (como serían las derivadas del normal cumplimiento de lo prescrito), o a consecuencias jurídicas *indirectas o subsidiarias* que consisten en alternativas por si se produce su incumplimiento[22].

Además como el Derecho es un orden regulador de conductas, relaciones y situaciones generadas en la sociedad que no se manifiestan con carácter uniforme, en ocasiones las normas pueden contemplar en su regulación efectos jurídicos diversos, cuya aplicación quedará determinada por la voluntad de las partes o por lo que dis-

---

[20] El hecho de no presentar dentro del plazo establecido la declaración de IRPF dará lugar a una sanción porque así lo ha establecido el legislador pero este hecho, en sí mismo, no generaría dicha consecuencia.

[21] Los seguidores de estas concepciones sostienen que sólo se pueden considerar normas jurídicas aquellas que contienen el elemento sanción y así, por ejemplo Kelsen consideraba que los *supuestos jurídicos* siempre eran actos, conductas o hechos *ilícitos* y por ello la *consecuencia jurídica* siempre debería ser sancionadora.

[22] Tras la celebración de una convocatoria de oposiciones a funcionarios, las *consecuencias jurídicas directas* serían el conjunto de derechos y obligaciones que, a partir de ese momento, corresponden a quienes hayan aprobado los ejercicios y, las *consecuencias jurídicas indirectas* podrían ser la declaración de nulidad de dicho convocatoria si se han incumplido alguna de las formalidades exigidas.

pongan los sujetos encargados de su aplicación (*consecuencias jurídicas indeterminadas*)[23]. Pero hay que tener en cuenta que existen determinados ámbitos jurídicos en los que las consecuencias previstas por la norma se encuentran completamente tasadas, es decir, únicamente se pueden producir los efectos concretos estipulados en la norma (*consecuencias jurídicas determinadas*)[24].

III. PLURALIDAD (DIVERSIDAD) DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Cuando se realiza un estudio del Derecho desde el plano puramente normativo, es decir, analizando el Derecho únicamente como conjunto de normas jurídicas, se descubre que *no existe una única categoría o tipología de normas jurídicas*, sino que por el contrario, en cualquier ordenamiento jurídico existen una multiplicidad de normas que, en algunas ocasiones, solamente presentan como nexo común el hecho de su pertenencia a dicho conjunto normativo. Existen diferentes razones que, en alguna medida, justifican esta pluralidad y variedad normativa, entre otras, **la diversidad de su origen** (dada la existencia de distintas *fuentes materiales y formales*, según se expuso en el Tema 3) y **la heterogeneidad del objeto de la regulación jurídica**[25].

Pero, pese a la multiplicidad de tipos o clases de normas jurídicas que pueden coexistir en los diferentes ordenamientos jurídicos, hay un dato que las vincula: su *pertenencia al mismo sistema normativo*, lo que las dota de cierta unidad y las obliga a cumplir determinados requisitos para poder seguir formando parte del mismo (como sería, entre otros, el rasgo de la *coherencia* que se analizará en el Tema 7), de manera que aquellas normas que no cumplan con los criterios establecidos por el sistema no podrán pertenecer a él, perdiendo o no llegando a adquirir la condición de auténticas normas jurídicas.

Conviene destacar que, en relación con la cuestión de la clasificación de las normas, la doctrina no es uniforme ya que cada autor únicamente ha analizado y clasificado aquellos tipos de normas que ha considerado más representativos, de tal forma que, al partir de criterios diversos, las soluciones y clasificaciones que se proponen son también múltiples.

---

[23] En un contrato de compraventa en el que se ha estipulado la entrega del objeto en un plazo determinado, si el vendedor, llegado el vencimiento del plazo pactado, incumple la obligación de entrega, el comprador perjudicado por el incumplimiento puede optar por exigir que se realice la conducta debida (que se le entregue el objeto) o que se le indemnice por los perjuicios causados.

[24] El artículo 138 del Código penal español establece que «*El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años*».

[25] El Derecho regula situaciones, comportamientos y conductas sociales plurales, que no se manifiestan siempre de forma uniforme y que, en ocasiones, varían según en qué ámbito se realicen.

1. Clasificación de las Normas Jurídicas

1.1. Atendiendo a la ***función que la norma pretende desempeñar***, cabe diferenciar entre las *normas de conducta* y las *normas de organización*.

Son *normas de conducta* aquellas que de forma directa e inmediata pretenden la regulación de un comportamiento determinado y que, habitualmente, suele consistir en *hacer u omitir* la conducta señalada en la norma. En esta categoría pueden incluirse: *las normas preceptivas* que prescriben una conducta concreta[26]; las *normas prohibitivas* que vedan la realización de un acto o comportamiento[27] y las *normas permisivas* que autorizan, con carácter excepcional la no-realización de la conducta obligada establecida por la norma preceptiva, o frente a lo prescrito por la norma prohibitiva posibilitan la realización de la conducta prohibida.[28]

Las *normas de organización* pretenden fundamentalmente instaurar los mecanismos que aseguren la convivencia social y para ello, determinan la estructura y funcionamiento del Estado y de sus órganos, regulando los procedimientos de creación y aplicación normativa, estableciendo los medios que permiten hacer eficaces las restantes normas del ordenamiento jurídico, etc. Dentro de este tipo normativo cabe señalar, entre otras, las siguientes clases de normas: las *normas declarativas o definitorias* que indican el sentido o especifican el significado que ha de atribuirse a determinados conceptos, términos o instituciones contenidos en las normas del propio ordenamiento jurídico[29]; las *normas interpretativas,* que contienen los criterios que han de seguirse para proceder a la comprensión normativa[30]; las *normas procedimentales* que fijan los mecanismos que han de ser utilizados para la elaboración de nuevas normas, la aplicación de las ya existentes o la atribución de efectos jurídicos a determinados actos jurídicos[31]; y las *normas de competencia,* que señalan las funciones y atribuciones que corresponden a los diferentes órganos e instituciones[32].

---

[26] Por ejemplo, la norma contenida en el artículo 68 del Código Civil: «*Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*».

[27] El artículo 46,2º del mismo código señala que: «*No pueden contraer matrimonio: 2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial*».

[28] El artículo 48 del Código Civil establece que «*El Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte... los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales*».

[29] Un ejemplo sería el artículo 618 del C. Civil que establece: » *La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta*».

[30] El artículo 3,1 del mismo código señala: «*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*».

[31] Según el artículo 81, 2 de la Constitución «*La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto*».

[32] Por ejemplo lo establecido en el artículo 66,2 de la Carta Magna: «*Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuye la Constitución*».

1.2. Otro criterio que puede utilizarse para clasificar las normas hace referencia al ***sujeto u órgano del que emanan***, lo que permite distinguir entre: *leyes* (en sentido lato, todas aquellas normas jurídicas dictadas por los órganos del Estado); *normas consuetudinarias* (las originadas a través de la costumbre jurídica); *normas jurisprudenciales* (procedentes de la actividad judicial realizada por los órganos jurisdiccionales) y *normas contractuales o negociales* (disposiciones contenidas o derivadas de las cláusulas establecidas por las partes en los contratos o negocios jurídicos)

1.3. Aunque todas las normas jurídicas pretenden **vincular** las voluntades de los sujetos a las que van destinadas, sin embargo no todas lo hacen en el mismo **grado**, y por ello, la doctrina ha distinguido entre las *normas taxativas o de ius cogens*, que suponen la imposición incondicionada de lo prescrito[33], y las *normas dispositivas* que establecen una regulación que sólo resultará de aplicación cuando los sujetos no hayan realizado ninguna estipulación al respecto[34].

1.4. Por último y, teniendo en cuenta que uno de los fines a los que debe tender el Derecho es el de la *certeza jurídica*, las normas no sólo deben establecer *cómo* han de ser cumplidas, sino también *cuándo* (ámbito temporal) y *dónde* (ámbito espacial).

Respecto al ***ámbito temporal*** cabe señalar que, con carácter general, las normas jurídicas se dictan con pretensión de vigencia ilimitada, de forma que sólo dejan de estar en vigor cuando, expresa o tácitamente, sean abrogadas o derogadas. Sin embargo existen algunas normas en las que se fija un plazo de vigencia concreto, transcurrido el cual dicha norma ya no tiene vigencia[35].

Atendiendo al dato del ***ámbito espacial*** se puede distinguir entre *normas internacionales*, cuya vigencia abarca el territorio de más de un Estado[36]; *normas federales* que son aplicables en el territorio resultante de la unión de varios Estados[37] y las *normas nacionales* que vinculan en el ámbito territorial del Estado que las ha promulgado y entre las que se pueden distinguir diferentes tipos según cuál sea la estructura y organización territorial de dicho Estado (así, en el ordenamiento jurídico español actual, dada la configuración territorial definida por el Título VIII de la Constitución, existen *normas estatales, normas autonómicas y normas locales).*

---

[33] Un claro ejemplo lo encontramos en lo dispuesto en el artículo 1.875 del Código civil, que establece la inscripción de las hipotecas en el Registro como requisito imprescindible para considerarla válidamente constituida.

[34] Según se dispone en el artículo 912, 1°, uno de los supuestos en que se habrán de aplicar las disposiciones del Código civil en relación con la sucesión intestada es que cuando el sujeto haya fallecido sin realizar testamento, por tanto si existe Testamento la sucesión se realizará cumpliendo la voluntad manifestada por el testador.

[35] Por ejemplo, las Leyes de Presupuestos cuya vigencia coincide con el del ejercicio económico anual, salvo que expresamente sean prorrogadas.

[36] V. gr. las disposiciones contenidas en la Convención para la Salvaguarda y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.

[37] Por ejemplo, las normas contenidas en la Constitución Federal de los EEUU.

Referencias bibliográficas

BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*. Editorial Debate. Madrid, 1990. Tema XII.

BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*. Ed. Debate. Madrid, 1991.

LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Capítulo II. Ed. Ariel, 2ª edición. Barcelona, 1980.

LUMIA, G., *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*. Ed. Debate. Madrid, 1978. Capítulo II.

NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*. Colección Ariel Derecho. Ed. Ariel, 4ª edición. Barcelona, 1991.

PECES-BARBA, G.; FERNANDEZ, E.; DE ASIS, R., *Curso de Teoría del Derecho*. Lección sexta. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2000.

PEREZ-LUÑO, A.E., *Teoría del Derecho: Una concepción de la experiencia jurídica*. Capítulo XIII. Ed. Tecnos. Madrid, 1997.

SORIANO, R., *Compendio de Teoría General del Derecho*. Colección Ariel Derecho. Ed. Ariel. 1ª Reimpresión. Barcelona, 1986. Tema II y III.

Ejercicios de autoevaluación

1. Explique brevemente la concepción de Austin sobre la naturaleza de la norma jurídica y los problemas que suscita.
2. Establezca las diferencias que existen respecto a las *normas primarias* y *secundarias* en las doctrinas de Hart y Kelsen.
3. ¿Qué diferencias existe entre los caracteres de la *generalidad* y la *abstracción*?
4. ¿Qué se entiende por *validez en sentido formal*?
5. Indique cuáles son los elementos que forman parte de la estructura de las normas jurídicas y defina brevemente cada uno de ellos.
6. ¿Qué diferencias existen entre el principio de causalidad y el principio de imputación?

TEMA 7.
El Ordenamiento Jurídico

Mª Eugenia Gayo Santa Cecilia

Sumario

I. *Concepto de Ordenamiento Jurídico: Unidad funcional de las normas jurídicas.* II. *Principios básicos del Ordenamiento Jurídico.* 1. La Unidad del ordenamiento jurídico. 2. La Plenitud del ordenamiento jurídico: el problema de las lagunas jurídicas. 2.1. Las vías de superación de las lagunas jurídicas. 3. La Coherencia del ordenamiento jurídico. 3.1. Los principales criterios de solución de las contradicciones entre normas.

Objetivos

En el capítulo anterior nos hemos ocupado del estudio de la Teoría de la Norma Jurídica, planteando su análisis como si las normas jurídicas pudieran ser consideradas como elementos aislados e independientes. Esta visión resulta insuficiente para poder entender la realidad jurídica puesto que generalmente el Derecho se presenta como un conjunto organizado y estructurado que además posee sus propios caracteres. Por ello en este tema vamos a situarnos en el ámbito de la Teoría del Ordenamiento Jurídico, examinando los conceptos de ordenamiento y sistema jurídico y abordando el estudio de los rasgos que, tradicionalmente, se considera que deben concurrir en el ordenamiento jurídico (la unidad, la plenitud y la coherencia) y que, además, permiten su diferenciación de otros órdenes normativos.

Resumen

El estudio del Derecho puede abordarse desde una perspectiva globalizadora, es decir, considerándolo como un conjunto integrado por elementos diversos (normas, instituciones, relaciones, etc.) que forman un todo al que se denomina *ordenamiento jurídico*. Sin embargo para que el *ordenamiento jurídico* no sea una mera «colección o acumulación» de elementos diversos y dispares sino que funcione armónicamente han de concurrir una serie caracteres o «propiedades», entre las que destacan: la unidad, la plenitud y la coherencia. Con todo el ordenamiento jurídico no es un mero conjunto estático de normas sino que sus elementos integrantes se coordinan y relacionan entre sí, lo que condiciona su significado, provoca modificaciones, etc. Es decir, el Derecho presenta un carácter complejo y dinámico, es *un sistema normativo institucionalizado* que contiene sus propias reglas de formación y transformación y establece de forma estable órganos centralizados encargados de la creación y aplicación jurídica.

Con la nota de la **unidad** se pone de manifiesto la necesidad de encontrar un criterio ordenador, un procedimiento que permita identificar qué normas pertenecen o no al conjunto y por qué. Ante esta cuestión las principales soluciones doctrinales han optado por considerar que la creación de cada ordenamiento se produce a partir de la existencia de una «norma suprema o superior», aunque cada autor le asigna una denominación distinta (la norma fundamental de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart) y lo que es más importante, un fundamento de validez diferente (la Grundnorm kelseniana es una norma presupuesta mientras que las reglas de reconocimiento hartianas son normas positivas).

Respecto al carácter de la **plenitud**, en primer lugar ha de señalarse qué sentido debemos atribuir a esta nota. Durante diferentes etapas a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, *la plenitud se entendió en un sentido absoluto*, lo que condujo a los autores a afirmar que los ordenamientos jurídicos eran plenos y autosuficientes, es decir que no contenían lagunas o vacíos normativos y, por tanto, siempre era posible encontrar una solución normativa para cualquier conflicto jurídico que se pudiera plantear. En cambio, en la actualidad suele ser habitual –salvo algunas excepciones doctrinales, entre otras, la *Teoría del espacio jurídico vacío* o la *Teoría de la norma general exclusiva*– entender que los ordenamientos jurídicos presentan una *plenitud potencial o funcional* y por tanto que aceptando la posible existencia de diferentes clases de *lagunas jurídicas*, lo importante es que existan los denominados métodos de integración jurídica (los criterios de *heterointegración* y de *autointegración*) que permiten a los operadores jurídicos colmar esos vacíos y ofrecer soluciones a los conflictos jurídicos suscitados.

Por último, el carácter de la **coherencia** hace referencia al hecho de que la regulación contenida en las diversas normas de un mismo ordenamiento jurídico no puede resultar contradictoria o incompatible, es decir, que no deben producirse situaciones de *antinomia jurídica* ya que, de lo contrario, se generaría inseguridad jurídica, tanto para los sujetos destinatarios –que no podrían saber de forma clara y unívoca cómo deben comportarse– como para los operadores jurídicos que interpretan y aplican las correspondientes normas jurídicas. De ahí que los propios ordenamientos jurídicos establezcan unos criterios objetivos, ciertos y verificables, como son los de *jerarquía normativa*, *cronología* y *especialidad*, cuya aplicación permite resolver los supuestos de antinomia.

Por tanto, a través de la **unidad**, **plenitud** y **coherencia** se logra que el conjunto normativo, que denominamos ordenamiento jurídico, pueda ser considerado como un todo lógico.

I. CONCEPTO DE ORDENAMIENTO JURÍDICO: LA UNIDAD FUNCIONAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Como se ha señalado en el tema anterior, el Derecho está integrado por una pluralidad de normas jurídicas que, por razones diversas (históricas, políticas, culturales, etc.) coexisten en un mismo ámbito espacial y territorial. Esta situación obligaría a que los sujetos destinatarios de las normas, para poder conocer cómo se regulan sus acciones y actividades, tuvieran que acudir a la búsqueda, selección y análisis de las más adecuadas de entre dicha multiplicidad.

Es por ello que, en las modernas sociedades caracterizadas por una gran complejidad normativa, las normas jurídicas suelen agruparse formando conjuntos o sectores normativos que abarcan la regulación relativa a cada ámbito específico[1]. Para la creación de los diferentes conjuntos se utilizan criterios diversos que, en definitiva, lo que persiguen es el establecimiento de un cierto orden normativo.

Además, cada grupo normativo no funciona de forma aislada sino que las normas que lo integran están interconectadas, puesto que con frecuencia ocurre que determinadas acciones que afectan a un mismo sujeto aparezcan contempladas en normas pertenecientes a ámbitos distintos[2]. De esta forma, la relación entre los diferentes conjuntos da lugar a una estructura que se vuelve más compleja a medida que se van añadiendo más grupos o sectores siendo a esa estructura a la que se denomina *ordenamiento jurídico.*

Por tanto, desde un plano meramente descriptivo se puede plantear un concepto de ordenamiento jurídico, definiéndolo como el *conjunto de normas vigentes en una determinada sociedad en una época determinada.* Esta caracterización del ordenamiento, elaborada principalmente en el siglo XIX por el positivismo jurídico en un intento de llevar a cabo una formalización estatal de la creación jurídica, supone, además, equiparar los conceptos de ordenamiento jurídico y Derecho positivo del Estado.

Sin embargo, el desarrollo desde mediados del siglo XIX de los movimientos sociologístas y, fundamentalmente, las aportaciones en el siglo pasado de los seguidores del *institucionalismo* (Santi Romano, Hauriou, etc.) y del *normativismo* (Kelsen y Hart, entre otros), así como las transformaciones a las que se ha visto sometido el Estado de Derecho (tránsito del *Estado legislativo* al de *Estado constitucional*[3]) han

---

[1] La existencia de múltiples normas civiles, penales, laborales, administrativas, fiscales, mercantiles, procesales, etc. da lugar a la formación de conjuntos independientes entre sí como serían: el Derecho civil, el Derecho penal, el Derecho laboral, el Derecho administrativo, etc.

[2] Pensemos en un conflicto entre cónyuges que se encuentran en proceso de separación: las normas que regulan los supuestos de separación son de carácter civil, pero los procedimientos a seguir para tramitar la separación se contemplan en normas de carácter procesal y si además alguno de los cónyuges incumple con alguna de las obligaciones que le incumben (por ejemplo, el pago de pensiones por alimentos) las medidas sancionadoras aparecen fijadas en las normas penales.

[3] Respecto a esta cuestión véase lo señalado en el Tema 8.

provocado que hoy en día se utilice un concepto de ordenamiento más complejo que lo define como un gran *conjunto de normas, principios, instituciones y relaciones jurídicas*.

Pero hay que tener en cuenta que, además de considerar al Derecho como conjunto normativo (como *Ordenamiento jurídico*) el Derecho es también un *Sistema normativo o jurídico* que, según señala Bobbio, se caracteriza por los siguientes rasgos: a.- La existencia de unas *reglas de formación* a través de las cuales sus diferentes elementos integrantes se relacionan por vía de coordinación (lo que supone que la incorporación de un nuevo elemento modifica el sistema y además cada uno de ellos obtendrá su significado de su relación con los demás) y de subordinación (sobre la base del principio de jerarquía normativa); b.- La existencia de unas *reglas de transformación* que permiten su modificación mediante la creación e incorporación de nuevos elementos, sin que ello suponga un cambio de identidad del sistema; c.- Su *capacidad de autorregulación*, pues a través de la utilización de determinados mecanismos coactivos pretende lograr su propia conservación y asegurar su eficacia; d.- Su configuración como un *sistema cerrado o autosuficiente*, por cuanto su validez no deriva de ningún otro sistema normativo.

Por tanto, la idea de *sistema jurídico* es más amplia que la de *ordenamiento jurídico* ya que el ordenamiento contiene de forma muy directa una referencia a los materiales que lo componen (normas, principios, instituciones) mientras que el sistema es algo más abstracto, es la herramienta conceptual que permite entender el ordenamiento como una realidad autosuficiente.

II. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. La Unidad del Ordenamiento Jurídico

Aunque, como se ha señalado anteriormente, el ordenamiento jurídico se forma mediante la unión de normas jurídicas que se agrupan en sectores o grupos normativos, es imprescindible que esa integración se realice siguiendo unos determinados *criterios de ordenación*, ya que de lo contrario sólo se lograría su acumulación pero no se conseguiría dotar al conjunto de unidad, lo que además, le impediría funcionar como sistema jurídico válido para la creación de un orden social.

Suele ser habitual recurrir a la *concepción normativista*, especialmente a los planteamientos desarrollados por Kelsen y Hart, para dar una solución a la cuestión de la unidad del ordenamiento jurídico. Ambos autores parten de una premisa común al considerar que existe una «*norma suprema o fundamental*» que sirve para dotar de unidad al conjunto. Esa norma se caracteriza porque además de ocupar la cúspide de la jerarquía normativa, establece los procedimientos que permiten saber cuándo una norma pertenece a un determinado ordenamiento y señala los criterios para la iden-

tificación y diferenciación de las normas. Sin embargo, a partir de este punto coincidente, cada autor ofrece un desarrollo diferente de su concepción.

a.- Para entender la solución presentada por **Kelsen**, debemos partir de su distinción entre *sistemas de tipo estático*, que serían aquellos en los que las normas aparecen vinculadas por su contenido, de forma que, a partir de una norma general y mediante sucesivas operaciones lógico-deductivas, se establecen las restantes normas del sistema (un ejemplo serían las normas pertenecientes al ordenamiento moral) y los *sistemas de tipo dinámico*, en los que la unidad se logra a través del principio de jerarquía normativa. Por tanto, en los sistemas dinámicos (entre los que sitúa al Derecho) nos encontramos con una norma que ocupa el lugar más alto de la pirámide normativa, por encima incluso de la Constitución (norma a la que Kelsen denomina *Grundnorm* o *norma fundamental*), de acuerdo con la cual «*debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación*» (en el sistema español, equivaldría a decir «debe realizarse la coacción en los términos establecidos por la Constitución de 1978»). Por tanto, en este supuesto de creación normativa las normas encuentran su fundamento de validez en las que se encuentran situadas por encima de ellas[4] (recuérdese lo dicho respecto a la validez en los Temas 2, 3 y 6). En definitiva, la unidad del Ordenamiento jurídico se logra recurriendo al principio de *jerarquía normativa* ya que, todas las normas que lo integran, directa o indirectamente, están vinculadas con la *norma fundamental*[5].

El principal problema que plantea esta *creación escalonada del ordenamiento jurídico* es el de encontrar el fundamento de validez de la *Grundnorm o Norma fundamental*, ya que no existe ninguna norma superior a ella que la dote de validez. Ante esta situación, Kelsen intenta resolver la cuestión considerando que la *Grundnorm* es una *norma presupuesta o hipotética*, que no deriva su validez de ninguna otra al ser la última y que resulta ser válida porque es eficaz. Obviamente la solución adoptada no parece adecuada al mezclar los conceptos de validez y eficacia que, como se ha visto en lecciones anteriores, son cuestiones distintas.

b.- Respecto a la respuesta ofrecida por **Hart** ante el problema de la unidad del ordenamiento jurídico, este autor (como se ha señalado en el tema 6) distinguía entre

---

[4] Pensemos en una pirámide escalonada en cuya parte superior se sitúa la norma A; si bajamos un escalón nos encontramos con la norma B que será válida si se ha elaborado siguiendo los criterios fijados en la A; en el siguiente escalón estará la norma C creada según los criterios establecidos en la B y en el siguiente la norma D se creará según los criterios de la C y, así sucesivamente, siempre en sentido descendente.

[5] En el ejemplo anterior, las normas B, C y D no sólo están vinculadas entre sí al derivar las unas de las otras, sino que todas ellas están subordinadas a la norma A.

las denominadas *normas primarias* y las *normas secundarias*, dentro de las que se incluyen las *normas de reconocimiento*, las de *adjudicación* y las de *cambio*.

Pues bien, son las *reglas de reconocimiento* las que sirven para conferir unidad al ordenamiento, pues serán válidas y, por tanto pertenecerán a cada ordenamiento jurídico, todas aquellas normas que cumplan con los criterios establecidos por la correspondiente *norma o regla de reconocimiento*. Y es que Hart considera que, en todo ordenamiento jurídico:

- existe una *única regla de reconocimiento* que tiene un carácter complejo al incluir varios criterios últimos de validez jurídica «*clasificados en un orden de subordinación y primacía relativas*».
- dicha regla presenta un carácter *positivo*[6], en el sentido de que es una *regla social*, cuya existencia se condiciona a que los órganos aplicadores del Derecho acepten los criterios de validez jurídica en ella establecidos. Es precisamente en este punto donde radica una de las principales dificultades de esta elaboración doctrinal, ya que la determinación de quiénes son los sujetos con potestad jurisdiccional se establece a través de otro de los tipos normativos señalados por Hart, -mediante las *reglas de adjudicación*-, pero para poder determinar la validez de dichas reglas hay que acudir nuevamente a los criterios señalados por la *regla de reconocimiento*, surgiendo, por tanto un problema de circularidad entre las reglas de *reconocimiento* y las de *adjudicación*.

Además, algunos autores (Dworkin) también han señalado que dicha regla sólo es útil para reconocer y considerar como elementos del ordenamiento a las *normas jurídicas*, pero que no se podría utilizar como instrumento de validación jurídica de los *principios jurídicos* que, como ya sabemos forman parte (junto con las normas, las instituciones y las relaciones) del concepto de ordenamiento.

Con todo y pese a las objeciones planteadas, parece claro que mediante la utilización de cada *regla de reconocimiento* podemos individualizar y diferenciar al ordenamiento jurídico respecto de otros tipos de ordenamientos que tendrán sus propias normas de reconocimiento.

De todo lo expuesto podemos concluir que la consideración de la **Unidad** como rasgo principal (pero no único) del ordenamiento supone, desde un punto de vista formal, la *idea de totalidad*, lo que significa que todos los elementos del conjunto pueden y deben relacionarse con una única norma suprema. Pero, no basta con que los elementos integrantes del ordenamiento formen un todo único sino que resulta tam-

[6] Es una norma *positiva* en contraposición a lo que ocurre con la *Grundnorm* de Kelsen que, como se ha indicado, es una norma *presupuesta*.

bién imprescindible, como veremos a continuación, que entre ellos no se produzcan situaciones de lagunas, incompatibilidad, contradicción, etc., para que pueda considerarse a dicho conjunto como un *todo lógico*.

2. La Plenitud del ordenamiento jurídico

Tradicionalmente se ha entendido por *plenitud* del ordenamiento jurídico, su capacidad para contener normas que permitan la resolución de cualquier conflicto jurídico que se pueda originar en el seno del grupo social en el que dicho ordenamiento está vigente (*plenitud en sentido absoluto*). Por tanto, desde esta perspectiva, sería ordenamiento jurídico pleno aquel en el que no existen *vacíos normativos o lagunas jurídicas*.

Esta caracterización de la plenitud parece poco realista, ya que en la actualidad las relaciones sociales evolucionan a un ritmo más rápido de lo que lo hace el Derecho (puesto que los procesos de creación legislativa son complejos y suelen alargarse en el tiempo), lo que incluso llega a provocar que, en ocasiones, la sociedad responda ante la falta de respuesta jurídica procediendo a una autorregulación espontánea.

Sin embargo, pese a la dificultad de construir un ordenamiento jurídico totalmente autosuficiente o pleno, a lo largo de la historia han existido diferentes doctrinas y teorías que, por razones diversas (políticas, filosóficas, jurídicas, ideológicas[7]), han propugnado la tesis de la plenitud absoluta del ordenamiento jurídico. Podemos señalar, entre otras,

A.- la *Teoría del espacio jurídico vacío*, desarrollada por K. Bergbohm, que considera que el campo del comportamiento social puede ocupar dos espacios distintos: a.- El denominado *espacio jurídico pleno* que sería aquella zona en la que todos los comportamientos en ella incluidos están contemplados y regulados por normas jurídicas. b.- El *espacio jurídico vacío*, que supondría la existencia de un espacio social en el que el Derecho no existe, habría una carencia de reglamentación jurídica[8]. A partir de esta diferenciación se afirma que el Derecho es pleno pues sólo se toma en consideración la denominada zona reglada por las normas jurídicas ya que el denominado *espacio jurídico vacío* es una *zona de no-Derecho*, es jurídicamente irrelevante y por tanto con relación a ella no se puede plantear el problema de la plenitud o falta de plenitud jurídica.

---

[7] Por ejemplo, a partir de la publicación del Código civil francés (el *Code* de Napoleón de 1804) se desarrolló la Escuela de la Exégesis que consideraba que «todo» el Derecho estaba contenido en dicho Código y, por tanto, consagraron el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico.

[8] Las conductas sociales englobadas en dicho *espacio vacío* serían, por ejemplo, las que afectan a la moral privada, a las actitudes relativas al decoro (siempre que no tengan relevancia penal) y estarán reguladas por otros órdenes normativos (reglas de trato social, moral, etc.) pero no por el Derecho.

B.- La Teoría de la *norma general exclusiva*, elaborada inicialmente por E. Zitelmann y completada por Donati, considera que todas las conductas humanas son objeto de regulación jurídica a través de una misma norma que cumple una doble función: la de regular de forma determinada y tasada ciertos comportamientos y, al mismo tiempo, excluir genéricamente de su ámbito de prescripción todos los demás comportamientos no incluidos expresamente. Es decir, nos encontraríamos con que toda conducta social será objeto de reglamentación, bien a través de una *norma particular inclusiva* que así lo establece directamente, o mediante una *norma general exclusiva* que contenida de forma implícita en aquella excepciona los casos no previstos. Tomemos como ejemplo una norma que prohíba la realización de una conducta concreta y determinada, como sería lo dispuesto en el artículo 46 del Código civil español según el cual, «*No pueden contraer matrimonio: 1.º Los menores de edad no emancipados; 2º Los que estén ligados con vínculo matrimonial*»; en este precepto que actúa como *norma particular inclusiva* se contiene implícitamente la *norma general exclusiva* que supone que todos aquellos casos que no sean los citados habrán de ser considerados como lícitos o permitidos. De esta forma se mantiene la *inexistencia de vacíos normativos* y se propugna la plenitud del Derecho, puesto que cualquier comportamiento estará, de una u otra forma, regulado jurídicamente.

Frente a estas teorías que, de una u otra forma, defienden un concepto de plenitud absoluta del Derecho, en la doctrina jurídica más moderna se ha mantenido la posibilidad de considerar el rasgo de la plenitud no en un sentido absoluto sino *relativo*. Y así, hoy en día resulta posible afirmar que los ordenamientos jurídicos pueden ser considerados como plenos cuando, aunque no contengan normas jurídicas reguladoras para todos los supuestos, sin embargo ofrecen diferentes medios que permiten dar solución jurídica a los problemas planteados. Ésta es la denominada *plenitud potencial o funcional*, cuya aceptación conlleva que se admita la existencia de *falta de plenitud de las normas, pero no la falta de plenitud del ordenamiento jurídico.*

Desde esta perspectiva nos encontraríamos que cuando surge un conflicto jurídico y no existe norma aplicable (lo que inicialmente supondría la existencia de un *vacío o laguna jurídica*), su resolución jurídica se alcanzará utilizando otros recursos previstos por el ordenamiento jurídico (los denominados *métodos de integración jurídica*). El actual ordenamiento jurídico español es un claro ejemplo de la idea de *plenitud potencial o funcional* que venimos exponiendo, puesto que en el artículo 1,1 del Código civil se indican cuáles son las fuentes del Derecho español (*ley, costumbre* y *principios generales del Derecho*) estableciendo una jerarquía u orden de prelación entre ellas (art.1, 3 y 1,4 CC.), añadiendo además que dichas fuentes se complementan de forma subsidiaria mediante la *jurisprudencia* (art. 1,6 CC), la *analogía* (art. 4,1 del mismo código) y la *equidad* (art. 3,2 de dicho texto legal).

Por tanto, podemos afirmar que un ordenamiento jurídico es pleno cuando, pese a no contener normas para todos los supuestos, es decir, aceptando la posible exis-

tencia de *lagunas jurídicas*, establece un sistema de fuentes del Derecho y ciertos criterios de interpretación y aplicación jurídica (por ejemplo, el recurso a la analogía, la equidad, etc., junto con otros que se mencionan en el tema 8). Y es que hay que tener en cuenta que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos, se establece que los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver las controversias jurídicas[9] y, por ello, se deben prever medios que les permitan dar una solución a los casos que se les plantean.

2.1. Las vías de superación de las lagunas jurídicas

Como acabamos de indicar, en la actualidad, se considera que la cualidad atribuible a los ordenamientos jurídicos es la de la *plenitud potencial o funcional* (frente al rasgo de la *plenitud absoluta* sostenido en épocas anteriores), lo que implica aceptar la existencia de lagunas jurídicas surgiendo, por ello, la necesidad de establecer métodos de superación de las mismas.

En este sentido la doctrina jurídica ha señalado que el ordenamiento jurídico puede completarse mediante el recurso a dos sistemas que, utilizando la terminología de Carnelutti, denominaremos *heterointegración* y *autointegración*.

Mediante del recurso a la *Heterointegración* se pretende completar el ordenamiento utilizando *otras fuentes* contempladas en el mismo distintas a aquella en la que se ha producido la laguna[10], o buscando la solución en otros ordenamientos distintos a aquél en el que se ha producido el vacío normativo[11],

Por el contrario, entre los procedimientos de *Autointegración* del Derecho, destacan principalmente el recurso a la *Analogía* y a *los Principios Generales del Derecho* mediante los que se intenta completar el ordenamiento sin recurrir a ningún ámbito o fuente distinta a aquella en la que se ha producido la laguna.

Por *Analogía* debemos entender el procedimiento mediante el que atribuimos a un supuesto no regulado el mismo tratamiento y, por tanto, le damos la misma solución que la establecida para otro caso con el que guarde semejanza o similitud (según dispone el artículo 4,1 de nuestro Código civil se trataría de supuestos entre los que existe «*identidad de razón*»), imputándole las mismas consecuencias jurídicas[12]. Es

---

[9] El artículo 7,1 del Código civil español establece que «*Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido*».

[10] Por ejemplo, si se trata de una laguna de la ley podría recurrirse a la costumbre, a la equidad o, en aquellos sistemas que lo autoricen (como sería el caso del sistema jurídico anglosajón), al denominado *poder creativo del juez* o *Derecho judicial*.

[11] En el caso de vacío normativo del Derecho español podría acudirse, por ejemplo, a lo establecido en el Derecho de la Unión Europea.

[12] Pensemos que surge un conflicto A que no está previsto en el ordenamiento, pero sí encontramos regulación para el conflicto H que se resuelve con la solución Z. Pues bien, si entre A y B existen sufi-

importante tener en cuenta que el recurso a la *Analogía* como método de *Autointegración* queda expresamente prohibido en determinados ámbitos del Derecho (por ejemplo en el Derecho Penal) y, concretamente, respecto a ciertos tipos de normas jurídicas (las normas prohibitivas, sancionadoras, las que establecen limitaciones de la capacidad de las personas o de sus derechos subjetivos, etc.) para así garantizar que toda norma restrictiva de derechos únicamente tenga el ámbito de aplicación que se desprende *expresamente* de los términos en que está redactada y no dependa de la interpretación realizada por los sujetos encargados de su aplicación. Por ello, si existiera una laguna en alguno de estos tipos normativos habría que recurrir a otros métodos de integración (algunos autores han señalado la posibilidad de utilizar en estos casos el método de la *norma general exclusiva* que expusimos anteriormente) o utilizar la interpretación extensiva (cuya explicación aparece en el Tema 8).

Un segundo procedimiento de *Autointegración* (al que curiosamente se denomina *analogía iuris* pese a que no supone un supuesto de razonamiento analógico) consiste en recurrir a los *Principios Generales del Derecho* para superar e integrar las posibles lagunas del ordenamiento. Se entiende que son aquellos principios que así han sido caracterizados por el propio ordenamiento jurídico (los *principios generales expresos* que generalmente se suelen contener en las Constituciones[13]) o bien otros que pueden obtenerse por un procedimiento de abstracción a partir de determinadas normas del Derecho positivo[14].

3. La Coherencia del ordenamiento jurídico

Junto al carácter de la *plenitud* que acabamos de exponer, otra cualidad que el ordenamiento jurídico ha de poseer es la de la *coherencia*, que se logrará cuando todas las normas que lo integran sean compatibles, es decir, no establezcan consecuencias jurídicas distintas o contradictorias para supuestos jurídicos idénticos. Por tanto, si en un mismo ordenamiento jurídico coexisten normas incompatibles entre sí estaremos ante una situación de *antinomia jurídica*, que sería aquella circunstancia que se produce cuando, dentro de un único ordenamiento jurídico y afectando a un ámbito de validez jurídica idéntico, varias normas contienen *prescripciones incompatibles*, de tal forma que según cuál sea la norma que se aplique la solución que se alcance podría ser distinta.

---

cientes similitudes, aplicaremos la solución Z también al conflicto A. Esta sería la denominada *analogía legis* que recibe este nombre para distinguirla de la *analogía iuris* (que consiste en recurrir a los Principios generales del Derecho) y de la *interpretación extensiva*.

[13] Por ejemplo, el principio de legalidad, el de igualdad, el de elección de los cargos públicos, etc.

[14] Este método de autointegración parece estar aceptado como tal en el ámbito del Derecho español vigente a tenor de lo señalado en el artículo 1, 4 del Código civil.

Es importante destacar que únicamente estaremos ante un auténtico supuesto de *antinomia jurídica* cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a- Las normas contradictorias entre sí han de pertenecer *al mismo ordenamiento jurídico*, no pudiéndose considerar antinómicas, aunque contengan prescripciones incompatibles o distintas, las normas contenidas en ordenamientos jurídicos diversos[15].
b- Las normas supuestamente antinómicas han de tener, total o parcialmente, *el mismo ámbito de validez personal* (afectar a los mismos sujetos destinatarios), *material* (prescribir comportamientos prácticamente idénticos), *espacial* (ser aplicables en el mismo territorio) y *temporal* (estando vigentes en un mismo momento).

Si no concurren ambos requisitos no cabe hablar de *antinomia jurídica* y el ordenamiento jurídico mantendrá el rasgo de la coherencia. En cambio, cuando nos encontramos con normas antinómicas es necesario que el ordenamiento jurídico establezca unos *criterios objetivos, ciertos y verificables* que permitan subsanarlos, no sólo para restablecer el rasgo de la *coherencia* que todo ordenamiento debe poseer, sino sobre todo, para que los sujetos destinatarios del Derecho puedan saber de forma clara y unívoca cómo deben comportarse jurídicamente. En definitiva, la ausencia de coherencia afecta gravemente a la *certeza* y *seguridad jurídica* (recuérdese lo expuesto en el Tema 5).

3.1. *Los principales criterios de solución de las contradicciones entre normas*

La mayoría de la doctrina considera como criterios jurídicos que pueden y deben ser utilizados para resolver las situaciones de *antinomia jurídica*, los de *cronología normativa, jerarquía normativa y especialidad*

3.1.1. Criterio de cronología normativa

Este criterio de resolución de las situaciones de *antinomia* supone que, ante la existencia de dos normas incompatibles, habrá de aplicarse lo establecido en la norma promulgada con posterioridad, por aplicación del principio «*Lex posterior derogat priori*». Se trata de un criterio meramente formal que toma como referencia el ámbito temporal

[15] Un ejemplo de disposiciones que establecen regulaciones contradictorias entre sí pero que NO son realmente antinómicas lo encontramos en la *prohibición* del divorcio en el ámbito del Derecho Canónico, frente a la *aceptación* de dicha forma de disolución del matrimonio contemplada en el Derecho positivo español, ya que cada una de esas normas pertenece a ordenamientos jurídicos distintos.

de la norma, por lo que se hace necesario establecer criterios de verificación para conocer cuándo ha aparecido cada norma en el ordenamiento jurídico[16].

3.1.2. Criterio de jerarquía normativa

Se trata de otro criterio formal que hace referencia a la posición que la norma ocupa en relación con la jerarquía normativa. Como su propia denominación indica, ante la existencia de dos normas contradictorias ha de aplicarse aquella que posea un rango mayor dentro del orden de prelación normativa señalado por cada ordenamiento jurídico, en virtud del principio «*Lex superior derogat inferiori*».

En relación con este criterio, conviene tener en cuenta que suele ser habitual que cada sector o rama del ordenamiento jurídico establezca su propia jerarquía normativa y, así, en el ámbito del Derecho público español las normas constitucionales prevalecen sobre las leyes, mientras que en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas prima la ley frente los convenios particulares, las costumbres, etc. Por otra parte, este criterio no suele plantear problemas de aplicación cuando se trata de normas pertenecientes a sistemas jurídicos cerrados (como serían todos aquellos que derivan de sistema romanista europeo), presentando mayores dificultades en el caso de normas contenidas en sistemas jurídicos abiertos (los anglosajones) o aquellos que se encuentran en permanente proceso de formación (el Derecho Internacional, por ejemplo).

3.1.3. Criterio de especialidad

Este criterio tiene carácter *material* al hacer referencia a la *relación de contenido* que ha de existir entre las disposiciones normativas y, por tanto, si dos normas regulan de modo contradictorio una misma materia, habrá de prevalecer aquella que establezca la regulación más particular, específica y concreta frente a la que contenga una reglamentación general, siguiendo el principio «*Lex specialis derogat generali*».

Y como en el tema anterior hemos señalado que uno de los rasgos o caracteres de las normas es el de la *generalidad,* conviene aclarar ahora qué se entiende por *espe-*

[16] Conocer el momento en que la norma ha surgido resulta sencillo cuando se trata de normas escritas (leyes, decretos, etc.) que se han aprobado formalmente en una determinada fecha que, además, figura en su denominación (p.ej. LO 12/2017 de 24 de abril). En cambio esta verificación resulta más complicada cuando se trata, por ejemplo, de normas consuetudinarias que han adquirido su condición normativa por la mera aceptación tácita.

cialidad de una norma, pudiéndose afirmar que son *normas especiales* aquellas que presentan un ámbito de validez personal o material más restringido, como serían por ejemplo, los supuestos de ciertas normas tributarias que afectan únicamente a sectores concretos de la población[17].

Finalmente conviene señalar que, aunque en la mayoría de las ocasiones las situaciones de antinomia jurídica se resuelven a través de la utilización de los criterios anteriormente expuestos, en ocasiones pueden plantearse *conflictos entre los propios criterios de resolución*. Pensemos, por ejemplo, en una norma general jerárquicamente superior que colisiona con una norma especial, pero inferior en rango: si acudimos al *criterio de jerarquía* habremos de considerar válida la primera, pero en virtud del *criterio de especialidad* primará la segunda. Para evitar este tipo de conflictos entre criterios es necesario fijar un *orden de prelación* entre ellos, si bien dicho orden puede ser diferente según cuáles sean los criterios que entran en colisión. En definitiva, la solución habrá de adoptarse caso a caso y, por ello, normalmente prima la *jerarquía normativa* cuando la incompatibilidad se produce entre el *criterio cronológico* y el *jerárquico*; cuando la colisión es entre el *criterio cronológico* y el de *especialidad* (conflicto entre una norma anterior especial y una norma general posterior), prevalecerá el *criterio de especialidad* (aunque si la norma general posterior es jerárquicamente superior a la norma especial, deberá recurrirse al *criterio de jerarquía)*. Y si el conflicto se plantea entre el *criterio jerárquico* y el de *especialidad* (conflicto entre una norma superior general y una norma inferior especial), normalmente se aplica el criterio de *jerarquía*, aunque pueden existir excepciones.

[17] Por ejemplo las normas que obligan a los comerciantes, profesionales, etc. a presentar las declaraciones relativas al Impuesto de Valor Añadido o IVA).

Referencias bibliográficas

BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*. Ed. Debate. Madrid, 1991.
DE LUCAS, J.(ED.); AÑON, M.J.; APARISI, A.; BEA, E.; FERNANDEZ, E.; LOPEZ, F.; VIDAL, E., *Introducción a la Teoría del Derecho*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.
DWORKIN, R., *Los derechos en serio*. Ed. Ariel. Barcelona, 1984.
HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1963.
KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. Segunda reimpresión. México, 1982.
NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*. Colección Ariel Derecho. Ed. Ariel.4ª edición. Barcelona, 1991.
PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ, E., DE ASIS, R., *Curso de Teoría del Derecho*. Ed. Marcial Pons. 2ª edición. Madrid, 2000.
ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.
SORIANO, R., *Compendio de Teoría General del Derecho*. Colección Ariel Derecho. Ed. Ariel. 1ª Reimpresión. Barcelona, 1986.

Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Dónde se encuentra el fundamento de validez de la Norma Fundamental kelseniana? Razone su respuesta.
2. De entre los diferentes tipos de normas que distingue Hart, ¿cuál puede ser utilizado para conferir unidad al ordenamiento jurídico? ¿Qué problemas plantea la solución adoptada por este autor?
3. Señale en qué dos sentidos se puede entender la idea de plenitud del ordenamiento jurídico
4. ¿En qué consisten los métodos de heterointegración del Derecho?
5. ¿Qué es la analogía legis? Cite algún ejemplo
6. ¿Qué supone la existencia de una situación de antinomia jurídica?

TEMA 8.
La interpretación y la aplicación del Derecho

Josu Cristóbal De Gregorio

Sumario

I. *Concepto y tipos de aplicación del Derecho.* 1. Los procesos de aplicación jurídica. 2. Tipos de aplicación jurídica. II. *La interpretación jurídica.* 1. Concepto de interpretación jurídica. 2. El objeto de interpretación, las normas y los hechos. 3. Diferentes métodos interpretativos. 4. Tipos de interpretación. III. *La argumentación jurídica.* 1. Del paradigma positivista al paradigma constitucional. 2. Concepto de argumentación jurídica.

Objetivos

Hemos analizado el Derecho desde un punto de vista funcional, relacionándolo con diversos órdenes normativos como la moral o los usos sociales. Asimismo, nos hemos centrado detenidamente en el análisis teórico estructural del ordenamiento jurídico, examinando sus elementos fundamentales, la integración de las normas y su coherencia interna. Pero es un hecho indudable, inmediatamente perceptible, que el fenómeno jurídico se vincula, por un lado, a acciones y decisiones de diferentes autoridades y, por otro, a determinados comportamientos de los individuos destinatarios de las normas jurídicas. Por tanto, podemos decir que nos encontramos ante una realidad dinámica que se manifiesta a lo largo de diversas fases o momentos, todos ellos relacionados entre sí: la creación, aplicación y derogación del Derecho. Se hace necesario, ahora, examinar su vertiente práctica, lo que podríamos llamar la *realización del Derecho*, es decir, estudiar cómo opera el Derecho en las sociedades contemporáneas. Y ello porque, lógicamente, los concretos ordenamientos jurídicos existen para ser aplicados a la realidad social, tienen su razón de ser en dicha aplicación. Veremos, pues, en esta lección, el trascendental procedimiento de aplicación jurídica, así como los indisociables procesos de interpretación y argumentación que lo acompañan.

Resumen

Como hemos visto en las lecciones anteriores, el Derecho es un *sistema normativo* que presenta unas características peculiares, condicionadas todas ellas por su objetivo fundamental: la regulación en un sentido determinado de las conductas de los individuos. Para ello, el fenómeno jurídico se manifiesta principalmente –aunque no exclusivamente– en forma de normas y principios, que deben ser *aplicados* a diferentes y múltiples hechos que acontecen en la vida social.

La aplicación jurídica, entendida como el *tránsito de las reglas generales y abstractas a las decisiones jurídicas particulares*, constituye así el aspecto fundamental de la vida del Derecho, su misma razón de ser o de existencia. Dicha aplicación se manifiesta, en primer lugar y de forma más generalizada, en el *cumplimiento espontáneo* de las normas jurídicas, y de manera secundaria, aunque fundamental, en la *aplicación coactiva* de las mismas.

La visión acerca de la importancia de tal proceso, así como su ineludible relación con los procedimientos de *interpretación* jurídica, no ha sido impermeable a la evolución histórica de las sociedades occidentales. Así, las decisivas transformaciones que se han producido en los dos últimos siglos en el ámbito del *razonamiento jurídico* explican claramente dicha evolución, desde la caracterización del proceso de aplicación/interpretación como una mera actividad lógico-mecánica hasta la centralidad de los diferentes *procedimientos argumentativos* que conducen a la decisión judicial en los modernos Estados democráticos de Derecho.

Antes de entrar en el desarrollo del tema, y como cuestión previa, es necesario subrayar un hecho importante. Es evidente que los procesos de interpretación y aplicación del Derecho no son monopolio de los jueces, puesto que incumben a todos los operadores jurídicos, pero no es menos cierto que la mayoría de los estudios sobre la materia han centrado su atención de manera preferente –cuando no exclusiva– en el contexto judicial, razón por la cual, en lo que sigue, nosotros también nos ajustaremos a dicho paradigma jurisdiccional.

I. CONCEPTO Y TIPOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO

1. Los procesos de aplicación jurídica

En un sentido general, aplicar es *poner algo en contacto con otra cosa*. Siendo así, podemos decir que la *aplicación jurídica*, como proceso específico que se circunscribe al ámbito del Derecho, pretende también conectar dos realidades. ¿Cuáles son esas realidades? Para contestar, hay que empezar por recordar que el Derecho es fundamentalmente –aunque no exclusivamente– un sistema normativo, un conjunto de normas que conforman un ordenamiento jurídico y que tienen como finalidad prin-

cipal dirigir o regular en un sentido determinado ciertas relaciones sociales propias de la convivencia humana. Por tanto, *normas y hechos* son las dos realidades que se conectan: por un lado, las normas jurídicas, y por el otro, un amplio conjunto de hechos de la vida social que, por su especial trascendencia, no pueden ser desconocidos por el Derecho. Pero, ¿cómo se traduce en la práctica el proceso de aplicación jurídica?, ¿cómo se produce esta conexión entre hechos y normas? Para entenderlo mejor, nos fijaremos en otra definición de la acción que nos ocupa: *aplicar es referir lo que se ha dicho en general a un caso particular*. Trasladándolo de nuevo al ámbito jurídico, no cabe duda de que son las normas (enunciados abstractos por naturaleza) las que dicen lo que se debe hacer en general, mientras que los hechos (situaciones o conductas que se producen en la vida social) constituyen los casos particulares a los que se refieren las propias normas. En definitiva, podemos definir el proceso de aplicación jurídica como la actividad mediante la cual el Derecho entra en contacto con los hechos de la vida social, que constituyen así el objeto sobre el que recae la aplicación. O más concretamente, consiste en el tránsito de una norma general a una decisión particular en el que se procede a encajar los concretos elementos fácticos (situaciones o conductas) dentro del marco normativo de los preceptos jurídicos generales (normas), con el objetivo de establecer la consecuencia jurídica prevista por el legislador. El procedimiento utilizado en ese tránsito es, pues, un método de subsunción[1], guiado por reglas de lógica deductiva, que se conoce como *silogismo*[2] judicial:

Premisa mayor (*Premisa normativa – norma aplicable*) .....si H debe ser C
Premisa menor (*Premisa fáctica – hecho*) .....se produce H
Conclusión ..... entonces debe ser C

Como se puede ver en el cuadro precedente, la premisa mayor sería la norma aplicable, que prescribe una determinada consecuencia jurídica (C) para el caso de que se produzca un determinado hecho (H); la premisa menor vendría determinada por la existencia de los hechos probados; y la conclusión consiste en la efectiva subsunción de los hechos en la norma jurídica y en la aplicación de las consecuencias fijadas por la propia norma[3].

[1] Subsumir es considerar algo, un caso particular, como sometido a un principio o norma general.

[2] El silogismo se define como un tipo de razonamiento lógico que consta de tres proposiciones, la última de las cuales se deduce necesariamente de las otras dos. El ejemplo paradigmático es de sobra conocido: Todos los hombres son mortales (premisa mayor) / Juan es hombre (premisa menor) / entonces Juan es mortal (conclusión).

[3] Lógicamente, no todas las normas tienen idéntica estructura, ni la consecuencia jurídica es siempre una sanción, pero el ejemplo de las normas penales es especialmente clarificador: Artículo 138 del

Según este esquema, nos encontraríamos, en principio, ante una racionalidad judicial puramente interna, ya que el paso de las premisas a la conclusión tiene lugar de acuerdo con las reglas del razonamiento lógico silogístico. Pero como ocurre en cualquier otro ámbito de la vida social, los procedimientos concretos de aplicación jurídica no son independientes del contexto histórico, razón por la cual, y para una mejor delimitación del fenómeno, es preciso atender a su concreta evolución. Veremos, así, cómo la visión acerca de dichos procesos ha ido evolucionando desde una simple concepción mecánica de la labor judicial hasta una percepción de la función de jueces y tribunales mucho más compleja, dinámica y valorativa.

Como es sabido, el XIX fue el siglo de las grandes codificaciones, producto del paradigma jurídico ilustrado entonces dominante, el *positivismo legalista*[4]. Ello se traducía en la tajante separación entre creación y aplicación jurídica: existía, por un lado, una absoluta confianza en la capacidad de previsión del legislador, lo que convertía a la ley en fuente casi exclusiva del Derecho; y, por otro, plena desconfianza frente a la actividad judicial, reducida entonces a la *estricta y simple aplicación* de la norma jurídica. En efecto, en la búsqueda de una única solución posible, la labor del juez se alejaba de cualquier tipo de discrecionalidad para centrase exclusivamente en el *reconocimiento y declaración de un Derecho preexistente*[5]. De esta manera, quedaba obligado a resolver los casos que se le presentaban conforme a la letra de la ley, limitándose a encajar o subsumir los hechos de que se tratara bajo el supuesto de una norma general y abstracta, y de un modo silogístico simple extraer las consecuencias previstas en la misma. Así las cosas, la decisión judicial se configuraba como el resultado de una actividad meramente cognoscitiva, de un mero procedimiento *mecánico* y *formal* de subsunción que partía de premisas normativas y fácticas perfectamente establecidas.

Entrado ya el siglo XX surgen una serie de doctrinas que van a coincidir en su reacción frente a este modelo tradicional. De la mano de renombrados juristas como Kelsen, Hart o Ross, se comienza a cuestionar la visión ideal y reduccionista que contemplaba al Derecho como un sistema cerrado, coherente y completo, lo que va a difuminar, en gran medida, la tajante separación entre creación y aplicación del Derecho. Más concretamente, dichos autores mostrarán claramente las insuficiencias de la

---

Código Penal: El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años (Premisa mayor) / Juan mata a otro (Premisa menor) / Juan *debe ser* castigado con la pena de prisión (conclusión).

[4] No hay que olvidar que todo tiene una explicación política históricamente situada. Los jueces del Antiguo Régimen eran funcionarios al servicio de la monarquía absoluta, y por tanto una amenaza para la libertad y la seguridad jurídica. La cuestión es que, en su afán por acabar con la arbitrariedad judicial, los revolucionarios ilustrados sucumbieron al mito del legislador racional y sometieron a la judicatura a la fidelidad absoluta a la ley.

[5] Como escribió Montesquieu, el juez era simplemente la «boca que pronunciaba las palabras de la ley».

ley para determinar completamente cada uno de los actos de decisión judicial, cuestionando así el carácter técnico e impersonal de dicha labor.

Como vimos, no cabe duda de que la aplicación jurídica implica siempre un tránsito desde una regla general a una decisión particular, pero lo fundamental en la actualidad es que esa decisión ya no se contempla como consecuencia de una simple actividad mecánica, un producto exclusivo de procesos cognoscitivos, sino como el resultado de un procedimiento que va a exigir también importantes actitudes valorativas de distinta naturaleza, condicionadas en mayor o menor medida por factores extrajurídicos. Hoy son muy pocos los que niegan que en ese tránsito se produce siempre, en algún sentido, una auténtica creación por parte del juez, aunque su eficacia tenga límites precisos. En definitiva, la experiencia jurídica demuestra que los jueces no son meros autómatas, que existen indudable márgenes de discrecionalidad, y que la decisión judicial se encuentra íntima e indisolublemente ligada a importantes y sustanciales procesos de *interpretación* jurídica, tanto en la formulación de la norma aplicable como en la calificación de los hechos. Por esta razón, hoy se suele afirmar que el silogismo no agota el razonamiento judicial. Representa únicamente el camino para llegar a la decisión, pero no comprende la actividad interpretativa fundamental del juez, que le llevará a fijar el sentido y alcance de las mismas premisas. Se acaba de esta manera con el sueño positivista ilustrado de un ordenamiento jurídico capaz de garantizar siempre una única respuesta cierta que elimine cualquier margen de apreciación del juez.

2. Tipos de aplicación jurídica

Como es obvio, las normas jurídicas nacen con la finalidad de ser aplicadas a la vida social. Son, por consiguiente, disposiciones que establecen una serie de conductas que deben ser seguidas por sus destinatarios, sean éstos autoridades públicas o ciudadanos en general. Por tanto, y en primer lugar, cuando el comportamiento de dichos destinatarios se acomoda de forma espontánea a lo dispuesto en las normas nos encontramos con la primera, y más frecuente, modalidad de aplicación de la normatividad jurídica: la *aplicación voluntaria*. Así es, efectivamente, en la inmensa mayoría de los casos, en los que los individuos ajustan sus conductas a lo prescrito en las normas sin necesidad de intervención de la fuerza coactiva, siendo para el Derecho indiferentes los motivos que llevan a su efectivo cumplimiento (ya sea que se considere una conducta justa, socialmente conveniente, o simplemente necesaria para evitar las sanciones correspondientes). Piénsese, por ejemplo, en las múltiples acciones cotidianas de respeto de la normatividad jurídica (cumplimiento de obligaciones fiscales, acatamiento de las cláusulas contractuales, observancia del código de circulación, etc.), que constituyen formas generalizadas de aplicación voluntaria del Derecho.

Otra cosa es la *aplicación coactiva*, que se producirá en ausencia del cumplimiento espontáneo y que, mediando el uso legítimo de la fuerza estatal, tiene como resultado la exigencia de la conducta prescrita, y/o la imposición de las correspondientes consecuencias jurídicas (sanciones). Dentro de esta última modalidad, y según la naturaleza y carácter del órgano aplicador, podemos diferenciar la aplicación *administrativa* de la aplicación judicial. La primera es la que llevan a cabo las autoridades y organismos de la administración pública, muy singularmente mediante las resoluciones administrativas recaídas en el ámbito de la potestad sancionadora[6]. La aplicación *judicial*, en cambio, es la realizada en el ejercicio de sus funciones por las distintas autoridades y órganos jurisdiccionales que forman parte del Poder judicial, y cuya importancia decisiva hemos desarrollado ya extensamente.

II. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

1. Concepto de interpretación jurídica

En un sentido general, toda tarea interpretativa tiene como objeto las manifestaciones de un determinado lenguaje –oral o escrito–, por lo que podemos concluir que la *interpretación jurídica* es una actividad específica dentro del modelo genérico de interpretación que es denominada como tal porque se proyecta sobre el *lenguaje jurídico*. Pero es en el ámbito de la decisión judicial donde el objeto de la interpretación presenta peculiaridades evidentes. La aplicación del Derecho implica, lógicamente, la existencia previa de dos realidades: en primer lugar, de aquello que debe ser aplicado, es decir, supone la preexistencia de las normas jurídicas; y en segundo lugar, de los hechos concretos de la realidad social sobre los que se aplican dichas normas. De esta manera, la actividad del juez se va a proyectar no sólo sobre el lenguaje normativo, sino también sobre los hechos del caso que se pretende resolver o, por decirlo con mayor propiedad, sobre los diferentes discursos construidos en relación con los hechos (declaraciones de las partes en litigio, de los acusados, víctimas, testigos, atestados policiales, etc.). Enfrentados a

[6] La importante expansión de la potestad administrativa sancionadora, sobre todo en los últimos años, viene siendo criticada repetidamente por la doctrina. No hay que olvidar que es difícil establecer un fundamento positivo de la misma, más allá de las razones meramente pragmáticas. Así lo señala, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional: «No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia, como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados» (STC 77/1983).

esos datos fácticos y normativos, los jueces tienen que realizar, en mayor o menor medida, una ineludible labor interpretativa, previa e inseparable de la aplicación, con la finalidad de captar lo expresado, de *fijar el sentido y alcance* de aquéllos. La cuestión fundamental, como veremos, es si tal actividad interpretativa ha de limitarse a resolver los problemas derivados de la imprecisión y ambigüedad propios del lenguaje jurídico, o se trata más bien de una labor con una significación y alcance mucho mayor.

Como vimos al tratar el tema de la aplicación jurídica, durante la mayor parte del siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX el *positivismo legalista* impuso una concepción de la actividad judicial contemplada como una labor meramente *declarativa* que dejaba muy poco espacio a la interpretación, limitada en todo momento a la búsqueda de la comprensión de la voluntad del legislador en los casos de normas especialmente confusas u oscuras[7].

También señalamos cómo con el paso del tiempo dicha concepción legalista-dogmática terminó considerándose insuficiente para explicar la complejidad propia de la aplicación del Derecho en general, y del razonamiento jurídico en particular, lo que ha tenido consecuencias relevantes en el ámbito de la interpretación jurídica. En la actualidad, es difícil sostener que la labor del juez se puede resumir en una actividad mecánica, prácticamente libre de toda tarea interpretativa, ya que tal visión reduccionista no da cuenta de los numerosos problemas que plantea el análisis de los componentes centrales del proceso judicial, y oscurece en cambio importantes elementos cognitivos y volitivos siempre presentes en el mismo. Como acertadamente señaló Larenz hace más de cincuenta años, «ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente». La actividad interpretativa del juez se considera hoy en día imprescindible, no sólo con el fin de esclarecer el sentido de cualquier enunciado normativo, sino también para la determinación y calificación jurídica de los hechos probados. En conclusión, no se limita a las normas oscuras o a los hechos confusos, puesto que, como veremos a continuación, la clave de toda aplicación radica precisamente en el carácter esencialmente problemático del procedimiento de formación de las mismas premisas. Por último, aunque es evidente que existen diferencias cualitativas entre los procesos de determinación de premisas normativas (formulación de la norma jurídica vigente) y fácticas (actos de constatación de hechos reales), lo cierto es que durante mucho tiempo tanto la doctrina como la práctica jurídica procedieron a su separación, otorgando un mayor protagonismo a las primeras. En la actualidad nadie cuestiona su condicionamiento recíproco, lo que va a obligar a abandonar la visión tradicional de la tajante separación entre hechos y normas.

---

[7] Es conocido el tradicional aforismo latino que condensaba esta visión, y que obligaba al juez a abstenerse de más indagaciones: *In claris non fit interpretatio* (ante la claridad no cabe interpretación). Como veremos, hoy en día se considera que hasta la norma de apariencia más clara necesita interpretación, con el fin de desvelar su sentido en relación con el supuesto concreto.

2. El objeto de la interpretación: las normas y los hechos

La experiencia jurídica nos muestra que todo proceso de interpretación jurídica conlleva una toma en consideración simultánea de *hechos y normas*, difícilmente separables en la actividad práctica del juez. Ésta no se limita a actos de puro conocimiento racional que se proyectarían por un lado sobre las normas jurídicas (con la finalidad de aprehender el sentido de las mismas), y por otro sobre los hechos en cuestión (con el objetivo de determinar su trascendencia jurídica en tanto supuestos de hecho contemplados en la norma). Esto es, el núcleo de la *decisión* judicial radica en la interconexión de los mismos, de cuestiones fácticas con cuestiones normativas, ya que la propia interpretación de los hechos remite en última instancia a la interpretación de las normas. Podríamos afirmar así que la interpretación judicial es un proceso circular, un «ir y venir de la mirada» entre los hechos y los enunciados normativos, en el que el conocimiento y valoración de los primeros siempre es consecuencia –o al menos implica de alguna manera– una interpretación normativa previa; y viceversa, interpretar normas es también interpretar hechos. En resumen, la valoración misma de los hechos está predeterminada por la existencia de normas, así como la interpretación de las normas en cada caso concreto depende en gran medida de dicha valoración fáctica.

En definitiva, desde los presupuestos del concepto de interpretación que hemos desarrollado –y que hoy son aceptados por la doctrina mayoritaria– toda interpretación jurídica supone una combinación de actos de conocimiento y de voluntad[8]. En la actualidad son pocos los juristas que defienden que la interpretación jurídica pueda reducirse a actos racionales y lógicamente controlables, como pocos son también los que siguen poniendo el acento en un libre decisionismo judicial. No cabe duda de que tal actividad se fundamenta en procesos cognitivos (conocimiento fiel, tanto de los hechos como del contenido de las normas), aunque sin dejar de ser por ello, en última instancia y por su propia naturaleza, una decisión, un acto de voluntad. Pero, lógicamente, esta constatación no abre el camino a una arbitraria libertad de los aplicadores del Derecho. Es cierto que el papel del juez ha ido cobrando un creciente protagonismo hasta llegar a ser considerado en cierto sentido como auténtico *creador* de Derecho, pero en términos prudentes no se puede obviar que debe

[8] Así, por ejemplo, en lo que se refiere al establecimiento de los hechos probados (premisa fáctica), los jueces se encuentran frecuentemente con múltiples problemas que deben ser valorados, como es el caso de determinadas dificultades en el *elemento de la prueba* (declaraciones oscuras o contradictorias, falta de pruebas, etc.), o problemas de *calificación jurídica* (no siempre es fácil dilucidar si los hechos probados integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma); y en cuanto a la premisa normativa, pueden existir problemas de *relevancia* (cuando existen dudas acerca de la existencia de una norma que contemple el supuesto de hecho de que se trata), o problemas de *estricta interpretación* (tanto en el caso de que existan dudas entre varias normas potencialmente aplicables como en el caso de que una norma pueda admitir más de un sentido o significado).

tomar decisiones vinculadas en muchos sentidos a toda una serie de condiciones restrictivas, como son la sujeción a la Constitución y a la ley, las limitaciones derivadas del ordenamiento procesal, la necesaria consideración de los precedentes judiciales, o el influjo de la dogmática jurídica. Y unido a ello, no es posible despreciar el papel fundamental de los diferentes *criterios o métodos de interpretación* existentes en el ámbito jurídico, cuestión que será tratada en las páginas que siguen. Ciertamente, como señala Ross, «la función de los métodos de interpretación es establecer límites a la libertad del juez en la administración de justicia», puesto que, no en vano, son dichos métodos los que van a delimitar el área de las decisiones jurídicamente justificables.

3. Diferentes métodos interpretativos

Nos referimos ahora a los distintos procedimientos que pueden ser utilizados por el intérprete para conocer y concretar el sentido atribuible al contenido de las normas jurídicas. Antes de comenzar con su análisis, hay que señalar que no son excluyentes ni existe un orden de prelación entre los mismos, por lo que su concreta utilización dependerá del contexto jurídico, cultural e histórico[9].

Las teorías contemporáneas de la interpretación, con evidentes influencias de la doctrina alemana del siglo XIX, suelen distinguir cinco criterios o métodos:

a) El método *gramatical* constituye el primer acercamiento a los enunciados que han de ser interpretados, delimitando –aunque sea de forma preliminar– el sentido mismo de la interpretación. De esta manera, se sirve de las reglas gramaticales para atribuir el significado y alcance más preciso y apropiado a cada uno de los términos contenidos en las normas jurídicas.
b) Método *lógico*: consiste en la aplicación de las reglas de la lógica al ámbito del Derecho. Lo que se pretende fundamentalmente es averiguar la *ratio legis* de la norma, los factores determinantes de su existencia, mediante un proceso de abstracción que analizará sus elementos constitutivos en relación con diversos conceptos jurídicos. Tradicionalmente se ceñía al uso de la lógica clásica –formal y deductiva-, pero en los últimos años se ha abierto paso una lógica jurídica con métodos y funciones específicos.
c) Método *sistemático*: las normas jurídicas no son elementos aislados, por lo que es importante tener en cuenta el lugar que ocupan en el ordenamiento jurídi-

[9] Así, nuestro Código Civil los incluyó en 1974 en su artículo 3.1.: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

co y las vinculaciones y conexiones que es posible descubrir entre las mismas, todo ello con la finalidad de facilitar su comprensión.

d) El método *histórico* pretende arrojar luz sobre el origen de una norma vigente con el objetivo de esclarecer su sentido a partir de las circunstancias políticas, jurídicas y sociales existentes en el momento de su promulgación. Se analizan, así, los precedentes normativos (anteproyectos, proyectos de ley), las deliberaciones previas, las exposiciones de motivos, etc., que rodearon su proceso de elaboración.

e) Método *teleológico* o finalista: es evidente que cualquier regulación jurídica persigue la protección de una serie de valores, así como la consecución de unos fines determinados. Por consiguiente, el intérprete debe atribuir a las normas jurídicas un sentido y alcance conforme con sus objetivos propios, sin perder nunca de vista los fines generales del sistema jurídico en su conjunto.

Por último, no hay que olvidar la importancia decisiva que ha adquirido en las últimas décadas la *interpretación constitucional*. No nos referimos, claro está, a la necesaria interpretación de las normas contenidas en la Carta Magna, sino a lo que podríamos llamar la interpretación *desde* la Constitución. En los modernos Estados constitucionales de Derecho, el ordenamiento jurídico en su conjunto debe ser interpretado de conformidad con el texto constitucional, que se convierte así en el criterio hermenéutico básico de las restantes normas, cuyo alcance y significado vendrá principalmente determinado por su adecuación a los valores y principios constitucionales.

4. Tipos de interpretación

Atendiendo a distintos criterios clasificatorios, y sin ánimo de exhaustividad, la doctrina suele diferenciar entre diversos tipos de interpretación.

a) En relación con la *eficacia* de la interpretación. Dado que todos los individuos se convierten en destinatarios de las normas jurídicas y deben adecuar sus conductas a lo prescrito en las mismas, se ven obligados, en mayor o menor medida, a interpretarlas. Lo característico de la *interpretación privada* llevada a cabo por los ciudadanos (sean individuos particulares, juristas, abogados, etc.), es que la misma está provista de un carácter provisional y una eficacia limitada, es decir, resultará válida únicamente en el entorno de esos sujetos y siempre que no sea objeto de controversia. La *interpretación pública*, en cambio, es la realizada en el ejercicio de sus funciones por todos aquellos sujetos u órganos a los que el ordenamiento jurídico atribuye la capacidad de imponer el resultado de su tarea interpretativa, fundamentalmente los órganos administrativos y jurisdiccionales.

b) Atendiendo al *sujeto* que lleva a cabo la labor interpretativa. En este sentido, la doctrina distingue tres tipos de interpretación. La llamada interpretación *auténtica* es la realizada por el mismo órgano creador de la norma. Aunque no es la más frecuente, posee gran importancia al provenir de una autoridad cualificada (el legislador, por ejemplo), pero se suele aducir, con bastante razón, que no se trata de una interpretación en sentido propio, sino derivado, ya que en realidad lo que se produce es la creación de una nueva norma que pretende esclarecer el significado de una norma anterior. La interpretación *judicial* –la más importante– es la desarrollada por los jueces y magistrados en los procesos de aplicación del Derecho. Y, por último, la interpretación *doctrinal* es la que llevan a cabo los juristas teóricos o científicos del Derecho en su trabajo de investigación y sistematización de las diferentes parcelas del ordenamiento jurídico. Aunque su importancia es secundaria, ya que no se vincula directamente con los procesos de creación y aplicación jurídica, dicha actividad resulta de gran apoyo para el desarrollo de la labor de los distintos operadores jurídicos.

c) Atendiendo al *resultado* de la interpretación. Hablamos de *interpretación estricta* cuando el intérprete limita el significado y alcance de los enunciados normativos a su sentido nuclear. A modo de ejemplo, la interpretación estricta del término hijos los reduciría a los hijos biológicos y a los adoptivos. La *interpretación extensiva*, en cambio, tiende a dotar a las normas del sentido más amplio posible, extendiendo su significado hasta el límite de su sentido gramatical[10]. En el ejemplo anterior, el término hijos podría englobar también a los hijastros o a los menores sometidos a tutela. Por último, la *interpretación restrictiva* se caracteriza por limitar al máximo el sentido gramatical de las normas, lo que puede plantear problemas en el caso de que comporte alguna limitación en la esfera de los derechos ciudadanos.

III. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La progresiva importancia que han cobrado las *teorías de la argumentación jurídica* desde la segunda mitad del siglo XX[11] no puede explicarse de forma aislada, ya

[10] Así contemplado, este tipo de interpretación no debe confundirse con la aplicación analógica, que como vimos en el tema 7 es uno de los modos de integración del Derecho. Mientras que aquélla supone la extensión del supuesto de hecho contemplado en la propia norma para abarcar el mayor número de casos posibles, la analogía implica atribuir las consecuencias jurídicas previstas en una norma a un caso similar que queda fuera del supuesto de hecho, pero con el que guarda identidad de razón.

[11] Estas teorías comienzan a cobrar importancia en el seno de la Teoría del derecho continental de fines de la década de los cincuenta, impulsada por autores como Perelman, Viehweg o Toulmin. Décadas más tarde, van a destacar las obras de autores como MacCormick, Alexy, y en nuestro país, Manuel Atienza.

que es el resultado de la evolución histórico-política de los paradigmas centrales de nuestra cultura jurídica. Así, es preciso comenzar señalando que dichas teorías hunden sus raíces en la aparición de propuestas metodológicas novedosas, enmarcadas todas ellas en un acontecimiento contemporáneo decisivo: la *crisis del positivismo jurídico*[12] y el tránsito del Estado legislativo al *Estado constitucional de Derecho*.

Ciertamente, desde la segunda posguerra mundial la constitucionalización del ordenamiento jurídico ha venido implantando un nuevo paradigma denominado pospositivista o constitucional[13]. El resultado es una nueva concepción del fenómeno jurídico y del Estado que se caracteriza por una serie de características fundamentales, todas ellas relacionadas entre sí. A grandes rasgos: consideración del Derecho como una práctica social compleja y no como un simple conjunto de reglas; centralidad de los valores y principios jurídicos; creciente importancia de la labor judicial; reivindicación del carácter práctico de la ciencia jurídica; e inescindible conexión de las diferentes esferas de la razón práctica (el Derecho, la moral y la política). Como veremos, tales mutaciones van a traer como consecuencia la necesidad de apartarse definitivamente de la visión dogmático-positivista acerca de los procesos propios del razonamiento judicial, ya que dicha visión respondería a un enfoque jurídico en vías de superación.

1. Del paradigma positivista al paradigma constitucional

Las posibilidades de un debate doctrinal acerca de las peculiaridades de este nuevo paradigma son interminables. Nuestro propósito será únicamente el de contraponer, de manera ciertamente esquemática, los dos paradigmas jurídicos, con el objetivo de mostrar sus decisivas implicaciones en el tema que nos ocupa.

A) Paradigma positivista (Estado legislativo de Derecho)

a) *Modelo del imperio de la ley.*– Las disposiciones emanadas del poder legislativo, como expresión –más o menos presunta– de la voluntad popular, constituyen la fuente suprema y casi exclusiva del Derecho.

---

[12] La crisis del positivismo jurídico tiene como antecedente inmediato la crisis, tras la segunda guerra mundial, de los Estados liberales de Derecho, que se habían visto desbordados por el auge del fascismo.

[13] La constitucionalización del orden jurídico alude a un proceso histórico que está teniendo lugar en nuestra cultura jurídica –fundamentalmente en países europeos y latinoamericanos– desde los años setenta, y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho. La consecuencia principal es que los textos constitucionales ya no se limitan, como antaño, a establecer la separación de poderes, designar competencias, y reconocer formalmente una serie de derechos individuales, sino que contienen un gran número de normas sustantivas condicionantes de la actuación de los poderes públicos. Es el paso del imperio de la ley, propio del paradigma positivista, al imperio de la Constitución.

b) *Modelo de las reglas.*– Como ya hemos señalado, la visión positivista tradicional reducía la estructura del Derecho a un conjunto de reglas o normas generales (leyes) que correlacionaban la descripción cerrada de un caso con una única solución normativa –la prevista por el legislador-, con la consecuencia de que su concreta aplicación excluía, en términos generales, cualquier valoración o proceso de deliberación práctica.

c) *Modelo de la subsunción.*– Congruentemente con el modelo de las reglas, el arquetipo de razonamiento jurídico es el simple razonamiento subsuntivo-silogístico.

d) *Modelo de la validez formal de las normas.*– La identificación de las normas válidas es una cuestión meramente formal, ya que es el origen de las mismas, y no su contenido, el que determina su juridicidad.

e) *Modelo de la tajante separación entre creación y aplicación del Derecho.*– Derivado de una concepción férrea de la clásica doctrina ilustrada de la separación de poderes, el sistema jurídico es contemplado como un ordenamiento completo y coherente, producto de un legislador racional y omnipotente. Frente a la arbitrariedad judicial, sólo la actividad legislativa, provista de los valores de certeza y predictibilidad, puede crear auténtico Derecho.

f) *Modelo de la separación entre Derecho y Moral.*– El desenvolvimiento del Derecho encuentra su desarrollo y sus respuestas en su misma lógica interna, sin necesidad de acudir a campos extraños al mismo.

B) Paradigma constitucionalista (Estado constitucionalista de Derecho)

a) *Modelo de la omnipresencia de la Constitución.*– La Constitución se convierte –por encima de la ley– en la fuente suprema del ordenamiento jurídico. Las normas constitucionales poseen fuerza normativa vinculante, directamente obligatorias para todos los poderes públicos. Es lo que se conoce como paso del imperio de la ley al imperio de la Constitución.

b) *Modelo de normas y principios.*– A la hora de describir la estructura de los sistemas jurídicos cobran una especial importancia los principios, singularmente los contenidos en la Constitución. A diferencia de las normas, su esencia es valorativa antes que lingüística, pues son mandatos que protegen valores entre los que en cada momento hay que encontrar el debido equilibrio. Dichos principios se convierten en condicionantes sustanciales de los procesos de creación y aplicación del Derecho, y por tanto en fuente de sentido de las propias normas, que de esta manera se van a consagrar como instrumentos para la protección y promoción de ciertos valores fundamentales.

c) *Modelo de la ponderación.*– Junto al razonamiento subsuntivo, meramente deductivo, propio de la aplicación de las normas a los casos más sencillos, el tránsito de las reglas abstractas a los casos particulares va a requerir en muchas

ocasiones otro tipo de razonamiento que sea capaz de adaptar las disposiciones legislativas a los principios y valores en conflicto que las fundamentan. Es el caso de la *ponderación*, es decir, la comparación entre los diferentes principios o derechos con la finalidad de escoger el más adecuado, el de mayor peso a la hora de fundamentar la mejor decisión para el caso en cuestión[14]. Todo ello va a exigir el concurso de la deliberación práctica, y va a revestir al Derecho de una dimensión valorativa y justificativa (argumentativa) fundamental.

d) *Modelo de la validez material de las normas.*– Es lo que se conoce como rematerialización del Derecho. La validez de las normas jurídicas no descansa ya exclusivamente en aspectos formales sino también en criterios sustantivos o materiales que deben orientar la actividad legislativa y judicial, y que vendrán dados fundamentalmente por su adecuación a los principios y valores constitucionales, que se convierten así en condicionantes materiales de la misma validez de las leyes.

c) *Modelo de la relación entre creación y aplicación del Derecho.*– Aunque no es posible hablar en nuestra cultura jurídica de una auténtica creación judicial del Derecho, lo cierto es que el poder judicial va a desprenderse del tradicional papel de completa subordinación al poder legislativo. Su labor ya no se va a reducir a la abstracta aplicación de las leyes, sino que en múltiples ocasiones debe tomar decisiones –basadas en la elección de los principios y valores adecuados– que es preciso fundamentar mediante argumentos jurídicos.

d) *Modelo de la inevitable relación entre Derecho y Moral.*– El razonamiento jurídico así contemplado no puede ser completamente independiente del razonamiento moral, como pretendía la visión positivista. Los principios constituyen la guía de interpretación del Derecho, informan y prestan justificación a las normas jurídicas con el objetivo de promover ciertos valores, lo que va a exigir juicios de valor de carácter moral y político.

Todas estas transformaciones van a afectar sustancialmente a la concepción misma del Derecho y las instituciones jurídicas, y por tanto también en gran medida a las prácticas jurisprudenciales. Surgen, como veremos a continuación, nuevos parámetros interpretativos que van a acentuar la complejidad de un razonamiento judicial que ya no se va a limitar a los clásicos problemas de interpretación. Es el caso de la consagración de nuevas técnicas interpretativas acordes con la centralidad otorgada a los valores y principios constitucionales, lo que dará lugar a un pano-

[14] Lo fundamental es que mientras que el conflicto entre dos normas sólo puede solucionarse dejando sin aplicar alguna, la colisión entre derechos o principios aplicables a un caso no se resuelve invalidando uno de ellos sino ponderando a cuál se le debe dar un mayor peso específico. Es el caso, por ejemplo, de la confrontación entre el derecho a la seguridad y el derecho a la intimidad, por causa de la instalación de cámaras de vigilancia.

rama lo suficientemente novedoso como para merecer un nombre propio: la argumentación jurídica.

2. Concepto de argumentación jurídica

Una vez esbozado el escenario que explica en gran medida el importante auge de las *teorías de la argumentación jurídica* debemos centrarnos ya en las mismas. Todas ellas, con sus lógicas diferencias, van a tener en común una finalidad principal: ofrecer criterios en relación con la justificación y el control de las decisiones jurídicas[15]. Pero, como es lógico, no es posible realizar un desarrollo pormenorizado de las distintas doctrinas, por lo que nos limitaremos a señalar los aspectos más relevantes de los procesos argumentativos, subrayando a fin de cuentas lo fundamental, como es el incremento sustancial de la centralidad del razonamiento jurídico en nuestras sociedades contemporáneas.

En primer lugar, no es de extrañar que sea en el contexto de los modernos Estados democráticos donde la argumentación va a cobrar su máxima importancia, pues es en este marco donde los procesos de deliberación aspiran a convertirse en un mecanismo general clave para el control democrático[16]. En este sentido, es fácil ver cómo el problema del significado y alcance de la interpretación jurídica ha sufrido desde la segunda posguerra una importante evolución, convirtiéndose hoy en día en un aspecto nuclear de la teoría y la práctica jurídicas. Y ello hasta el punto de que algunos autores como Atienza han afirmado que el mismo Derecho puede concebirse como argumentación, «ya que, desde cualquier perspectiva, la actividad del operador jurídico al aplicar el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar».

En términos generales, argumentar significa aportar razones –buenas razones– que justifiquen una determinada opinión o decisión. Por tanto, en el ámbito del Derecho la *argumentación jurídica* alude al proceso racional por medio del cual el operador jurídico –que no busca ya una única solución posible–, escoge entre diferentes respuestas que le ofrece el ordenamiento jurídico, siendo lo principal la utilización de argumentos racionales para la fundamentación o motivación de la opción elegida. Así, las decisiones judiciales no pueden ya ser reducidas a meras deducciones lógicas ni percibidas como imposiciones de una voluntad autoritaria (actitud propia –afor-

[15] La argumentación jurídica se puede dar en tres ámbitos diferenciados, el de la producción de normas, el de su aplicación y el de la doctrina jurídica. No obstante, la mayor parte de las teorías han centrado sus esfuerzos en los argumentos que se presentan en el ámbito de la aplicación judicial del Derecho, por lo que seguiremos esa línea fundamental.

[16] Como ejemplo ilustrativo, podemos recordar que la obligación de los jueces de motivar sus decisiones no se encontraba en ninguna de las Constituciones históricas españolas, siendo una novedad su inclusión en el artículo 120 de la Constitución de 1978. Dicha obligación responde, por lo menos en principio, a la necesidad de controlar democráticamente el poder de los jueces.

tunadamente– de tiempos pretéritos). Entre la racionalidad formal y la irracionalidad o arbitrariedad hay un terreno intermedio, el de la razonabilidad práctica, que es precisamente el ámbito en el que debe moverse la actividad judicial. Dicha razonabilidad va a obligar a aportar buenas razones para convencer de que la decisión adoptada es la más correcta, y no sólo en el sentido de conformidad al Derecho (que se producirá siempre que la solución dada al caso sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento), sino también, en mayor o menor medida, en el sentido de su aceptabilidad social.

Así pues, la argumentación se presenta como un tipo de actividad lingüística que, a diferencia de la interpretación clásica, va a privilegiar dos de las dimensiones propias del discurso jurídico. En primer lugar –y frente a la dimensión puramente formal o autoritativa-, la *dimensión material o valorativa*, mediante la que se pone de manifiesto la necesidad de justificar los diferentes criterios de corrección materiales que van a fundamentar la elección entre diversos tipos de razones que pueden concurrir en el Derecho (recuérdese lo dicho anteriormente sobre la ponderación). En este sentido, como ya se señaló, los principios y valores se convierten en elementos centrales de la actividad judicial en el seno de los Estados democráticos, lo que para muchos supone una definitiva superación de la tradicional controversia entre iusnaturalismo y positivismo.

Y, en segundo lugar, frente a la dimensión sintáctica o semántica, la *dimensión pragmática*. La argumentación es una actividad social que se produce en un contexto de interacción –es evidente que el juez no dicta sentencias en un vacío social– por lo que resultará decisiva la efectividad de los argumentos, los efectos de las decisiones traducibles en la aceptación o persuasión de un auditorio general (sean destinatarios directos de las decisiones o no). Así, como señala García Amado, en la actualidad «el problema es el de la racionalidad, y el punto de partida para su solución se sitúa en la argumentación, en el proceso discursivo de intercambio de razones, en la acción comunicativa entre sujetos empeñados en la obtención de la decisión más conforme con lo que el seno del grupo social pueda ser tenido por racional».

En conclusión, en las sociedades democráticas la argumentación se erige en ingrediente imprescindible de la experiencia jurídica. Los jueces deben expresar las razones que justifican sus decisiones, que se convierten así en el legítimo resultado de un proceso racional con pretensión de «verdad» y, en un sentido amplio, moralmente defendibles. Ahora más que nunca, la seguridad jurídica –auténtico mito del positivismo jurídico– ya no se va a derivar de la obligación de ajustarse a un proceso lógico-mecánico predeterminado por la ley, sino de la necesidad de justificar racionalmente las premisas de la decisión judicial conforme a criterios de racionalidad argumentativa. Y en esa labor, las diversas teorías de la argumentación jurídica van a contribuir sustancialmente, aunque sin pretender ser radicalmente novedosas. Porque no podemos decir, lógicamente, que las prácticas judiciales han sido hasta ahora completamente independientes de todo proceso deliberativo. Como señala Atienza, el

papel de estas teorías –de la misma manera que el de la Teoría del Derecho en general– «no puede ser el de pretender elaborar algo radicalmente original. De lo que se trata es más bien de contribuir a elaborar una concepción articulada del Derecho que realmente pueda servir para mejorar las prácticas jurídicas y, con ello, las instituciones sociales».

Referencias bibliográficas

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ed. Ariel, Madrid, 2001.

GAYO SANTA CECILIA, María Eugenia, y CRISTÓBAL DE GREGORIO, Josu, «La necesidad de interpretación de las normas», en VV.AA, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Ed. UNED, Madrid, 2010.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Ed. Civitas, Oviedo, 1988.

LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1998 (10ª ed).

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2007.

SANZ BURGOS, Raúl, «El proceso de creación y aplicación del Derecho», en VV.AA, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Ed. UNED, Madrid, 2010.

SEGURA ORTEGA, Manuel, *Manual de Teoría del Derecho*, Ed. Ceura, Madrid, 1998.

Ejercicios de autoevaluación

1. Explique de forma breve en qué consiste la aplicación jurídica.
2. ¿Cómo podemos definir el silogismo jurídico?
3. Explique las razones históricas de la postura doctrinal que separaba radicalmente la creación y aplicación del Derecho.
4. ¿Cuál es la consecuencia principal de la visión ilustrada de la aplicación jurídica sobre los procesos de interpretación?
5. ¿Qué diferencias existen entre interpretación privada e interpretación pública?
6. ¿Podemos hablar en nuestra cultura jurídica de creación judicial del Derecho? Razone la respuesta.
7. La crisis del positivismo jurídico: a) supone un retorno al Derecho Natural; b) tiene su origen a mediados del siglo XIX; c) implica el cuestionamiento del predominio absoluto de la ley y el reconocimiento del valor fundamental de los principios; d) no tiene ninguna consecuencia para la interpretación jurídica.
8. ¿Qué sentido tiene la ponderación en el ámbito jurídico?
9. ¿Qué consecuencia fundamental tiene para la argumentación jurídica la existencia de los textos constitucionales contemporáneos?

TEMA 9.
Conceptos jurídicos fundamentales

Ana María Marcos del Cano

Sumario

0. *Introducción*. I. *Persona y personalidad jurídica*. 1. Clases de personas jurídicas. 2. Manifestaciones de la personalidad jurídica: Capacidad jurídica y capacidad de obrar. II. *Hechos y actos jurídicos*. III. *La relación jurídica*. IV. *La situación jurídica*. V. *La sanción jurídica*. 1. El concepto general de sanción. 2 Tipos de sanciones jurídica. 3 La sanción en la teoría normativa. VI. *La institución jurídica*.

Objetivos

En esta lección vamos a exponer algunos de *los conceptos jurídicos fundamentales*. Con ello, se pretende que el estudiante conozca la problemática general de los conceptos de persona, personalidad jurídica, hechos y actos jurídicos, relación jurídica, situación jurídica, sanción e institución jurídica, desde la perspectiva general de la Teoría del Derecho. El objetivo fundamental consiste en adquirir las claves comprensivas de cada uno de los conceptos, así como de las relaciones entre ellos y su relevancia a la hora de definir lo que es el Derecho.

Resumen

La noción de *persona* y *personalidad jurídica*, distinguiendo entre persona física y persona jurídica colectiva.

La diferencia entre *capacidad jurídica* (la posee toda persona) y la *capacidad de obrar* (gradual en función de las características de esa persona).

Los *hechos* y *actos jurídicos* que dan lugar a determinadas consecuencias jurídicas, desde su condición de supuestos de hechos de una norma jurídica, son diferentes en tanto que los primeros son independientes de la voluntariedad humana; y, los segundos, dependen de las acciones o disposiciones humanas.

La *relación jurídica* es la relación intersubjetiva regulada por normas jurídicas. Sus elementos fundamentales son: a) sujetos; b) vínculo de atribución; c) objeto; d) norma jurídica.

La *situación jurídica* es la posición en la que se encuentra un sujeto en el ordenamiento jurídico.

Distinción entre los dos conceptos jurídicos de *sanción*: como refrendo del Rey y como mecanismo incorporado por el Derecho para evitar su incumplimiento.

La sanción es un efecto derivado, secundario y no deseado del Derecho.

La concepción de la sanción jurídica desde la perspectiva *normativista*, como condición o presupuesto del acto jurídicamente ilícito.

0. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos con algunos de los conceptos más importantes para la comprensión de lo jurídico. Todos los conceptos básicos del Derecho se encuentran estrechamente vinculados entre sí, de tal forma que entre ellos se pueden establecer conexiones de interdefinibilidad.

La perspectiva desde la que se sitúa la Teoría del Derecho da a conocer la problemática general que plantea cada uno de estos conceptos. No obstante, a nadie se le escapa que estos conceptos están íntimamente ligados tanto a la doctrina civilista como al Derecho Penal y que han desarrollado, desde ahí, amplia y exhaustivamente su problematicidad. Sin embargo, la Teoría del Derecho aborda estos conceptos en relación con una amplitud mayor, lo que nos llevará a la pregunta sobre lo que es el Derecho y cuáles son sus elementos estructurales.

I. PERSONA Y PERSONALIDAD JURÍDICA

En este epígrafe, trataremos de responder a las siguientes preguntas: ¿qué significa ser persona en términos jurídicos?; ¿a quiénes se confiere la personalidad?; ¿qué potestades otorga este título?

Si de algún término se puede afirmar la complejidad a la hora de definirlo, este es sin duda, el concepto de persona. Tanto en sus orígenes como en la evolución posterior y también en la actualidad, ha sido un término muy controvertido. Solo tenemos que pensar en los debates tan prolíficos sobre qué es la persona en el ámbito de la Bioética. Si esto es así, es porque su significado va a determinar, en el ámbito jurídico, el sujeto de imputación de obligaciones y derechos y desde ahí su responsabi-

lidad. Lejos queda actualmente el concepto de persona como máscara, cuando en el mundo antiguo los actores la utilizaban en el teatro para representar a los personajes y a sus intervenciones escénicas (del verbo *personare:* resonar).

Recorriendo su evolución desde el derecho romano y también desde la influencia innegable de la tradición judeo-cristiana, podemos afirmar que «persona» hoy, y así se refleja en el mundo jurídico, es el ser humano. Esto es, se afirma que la personalidad jurídica se corresponde con la realidad natural que es ese ser humano. Si bien no podemos olvidar que el ser persona puede ser abordado desde distintos planteamientos. Primeramente, persona en sentido filosófico, pues a nadie se le escapa que el hombre presenta una serie de dimensiones que no concurren en el resto de los seres vivientes. Para empezar, el hombre es un fin en sí mismo, como ya dijera Kant, posee una dignidad lo que impide que sea tratado como medio tanto por él como por los otros. A la vez, posee una profundidad de experiencia, de vivencia y de conciencia que lo diferencian totalmente de cualquier otro ser vivo, por muy desarrollado que este pueda ser. Así, la conciencia de sí mismo, de su responsabilidad, su dimensión espiritual, trascendente y de creación simbólica es única y exclusiva de la persona. A la vez, desde la dimensión estrictamente jurídica, persona es solo el haz de derechos y obligaciones que el Derecho concede a un ser humano o, como veremos a continuación, a una determinada colectividad de individuos. Pareciera pues que lo que importa al Derecho no es el ser humano en sí mismo, sino el conjunto de deberes y derechos que a éste se atribuyen, pero sería un análisis demasiado formalista del Derecho, y no pretendemos en esta lección situarnos en esa visión reduccionista del Derecho. Así entendiendo que persona es todo ser humano y todas sus dimensiones, la personalidad jurídica es ese conjunto de derechos y obligaciones de los que es titular ese ser humano y que, por supuesto, no agotan toda la riqueza global del mismo.

1. Clases de personas jurídicas

Reconociendo que todos los seres humanos, sin distinción de raza o sexo, son personas, es decir, que desde un punto de vista jurídico son titulares de derechos y obligaciones, esto no ha sido así a lo largo de la historia. Por dos motivos: uno, porque ha habido épocas en las que los seres humanos no eran reconocidos como personas, pensemos en la esclavitud y, por otro lado, ha habido sujetos de derechos que no eran personas. Veámoslo más detenidamente.

El Derecho reconoce dos clases de personas jurídicas: las físicas y las colectivas o jurídicas propiamente dichas. Estas últimas están constituidas por colectivos de personas, de bienes etc. Así, por ejemplo, las corporaciones, asociaciones, fundaciones, sociedades tienen concedido por parte del Derecho la cualidad de ser sujetos de derechos y obligaciones. En este sentido, si un representante de una sociedad anóni-

ma adquiere un inmueble, lo obtiene para la sociedad y, por ello, las obligaciones que contrae recaen sobre la misma sociedad.

Así podemos decir que las personas jurídicas colectivas pueden estar constituidas por:

- Un conjunto de personas físicas; por ejemplo, una asociación
- Un conjunto de bienes orientados a la consecución de un fin; por ejemplo, una fundación
- Un conjunto de personas y de bienes; por ejemplo, las corporaciones.

En suma, podemos afirmar que mientras que tras la personalidad física (también denominada personalidad jurídica individual), subyace una persona, un sujeto individual, la jurídica o colectiva es una construcción que el Derecho efectúa a partir de una determinada realidad. Será el Derecho el que en cada país determine cómo y en qué condiciones puede otorgarse la personalidad a los entes colectivos.

2. Manifestaciones de la personalidad jurídica: capacidad jurídica y capacidad de obrar

Como venimos diciendo, el núcleo de la personalidad jurídica está formado por el haz de posibilidades de actuación que dicha personalidad atribuye a su titular para intervenir en las distintas relaciones jurídicas. En este aspecto es fundamental el separar dos conceptos que, muy a menudo, no están claros, a saber, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. La primera implica aptitud para ser sujeto de derechos, o lo que es lo mismo, para la mera tenencia y disfrute de los mismos. La segunda, la capacidad de obrar supone la posibilidad de ejercitar derechos. Esta no concurre necesariamente en todos los hombres ni en el mismo grado; mientras que la capacidad jurídica la poseen todos los seres humanos. Así por ejemplo, el menor de edad podrá ser titular de derechos, pero no será capaz por sí mismo de ejercitarlos. En ese sentido, algunos autores hablan de capacidad jurídica como capacidad pasiva y capacidad de obrar como capacidad activa.

La capacidad de obrar se caracteriza por facultar al sujeto que la posee para la realización de un determinado acto que va a tener consecuencias jurídicas. Esta capacidad será de este modo gradual, es decir, puede tenerse la capacidad de obrar para realizar unos actos y no otros, dependiendo de las condiciones subjetivas en las que se halle el sujeto. Normalmente los ordenamientos jurídicos han atendido para otorgar esta capacidad de obrar, al grado de inteligencia y voluntad del sujeto. Las causas que la modifican serán por ello circunstancias subjetivas personales que obligan a la ley a retardar o a suspender su aptitud para concluir actos jurídicos, al mismo tiempo que se suplen dichas carencias con determinadas instituciones, como por ejemplo, la tutela, la patria potestad, el representante legal, etc.

II. HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

Como se sabe, la condición de aplicación de una norma jurídica (el denominado supuesto de hecho) puede consistir en un hecho o acto jurídico. La doctrina a la hora de explicar los actos jurídicos los relaciona ineludiblemente con los hechos jurídicos.

Se trata de cualquier hecho natural o cotidiano que por sus especiales circunstancias genera determinadas consecuencias jurídicas. De ahí que cualquier hecho puede convertirse o no en jurídico, siempre que así lo establezca. Incluso puede darse que los mismos hechos a veces comporten determinadas consecuencias jurídicas y otras veces no. Pensemos por ejemplo en el caso de un árbol que se cae en la calle y no provoca ningún daño o el mismo árbol que cae encima del coche de un particular. En este segundo caso, el dueño del árbol tendrá que cargar con los daños causados por el árbol en el coche. Así, los hechos jurídicos son acontecimientos puramente naturales, independientemente de toda acción humana a los que el ordenamiento jurídico atribuye consecuencias jurídicas.

En cambio, los actos jurídicos consisten en una acción o un comportamiento humano al que se atribuyen consecuencias jurídicas. Se definen, pues, porque su existencia surge de la decisión humana y por ser actuaciones que los individuos realizan de tal modo que provocan consecuencias en las relaciones jurídicas. De ahí que uno de los caracteres que son necesarios para poder estar ante un acto jurídico es que el sujeto actúe dentro de unos límites mínimos de consciencia y libre decisión de la voluntad. Si falta alguno de estos elementos, no habrá acto jurídico, puesto que no habrá tampoco acto humano. Así, dentro de esta categoría deben integrarse todas aquellas acciones humanas a las que el Derecho hace referencia en alguna norma y, que, por lo tanto, generan consecuencias jurídicas. En este sentido, se puede hablar de innumerables actos, pero sí se pueden elaborar distintas clasificaciones de los actos jurídicos. Así, por ejemplo:

- Actos **válidos, nulos, anulables y actos inexistente**s. Los primeros son los actos jurídicos normales, es decir, los que se ajustan a la norma jurídica; por ejemplo, cumplir una obligación válidamente contraída y así se extingue la obligación (art. 1156 Cc). Los **nulos** son aquellos que adolecen de una carencia radical y absoluta de validez por incumplir alguno de los requisitos esenciales establecidos por el ordenamiento jurídico. A saber, la falta de consentimiento en la celebración del matrimonio. Los actos **anulables** son los actos jurídicos que, sin ser radicalmente nulos, tienen una validez viciada por el incumplimiento de alguna exigencia no esencial. Por ejemplo, en el art. 1263 del Código Civil impide prestar consentimiento para celebrar un contrato a los incapaces legales, como son los menores de edad no emancipados y los incapacitados. Así, nuestro ordenamiento contempla la anulabilidad en los casos de contratos celebrados por sujetos que tienen limitada su capacidad de obrar, ya que

puede ocurrir que esos contratos sean beneficiosos para los propios incapaces y no les convenga anular el contrato. Y, por último, los actos **inexistentes** son aquellos que no se han producido nunca como tales actos jurídicos. La diferencia de estos con los actos nulos consiste en que estos han existido aunque solo sea en apariencia, mientras que los inexistentes ni siquiera han concurrido los elementos necesarios para que existieran.

- Actos jurídicos **lícitos** y actos **ilícitos.** Brevemente, diremos que tanto unos como otros son jurídicos, esto es, ambos están inscritos en la normatividad jurídica y forman parte de ella, si bien de manera contrapuesta (unos, conformándose a esa normativa y los otros la contravienen). Los actos jurídicos **lícitos** se articulan mediante facultades de disposición de los individuos; en cambio, los **ilícitos** son los que provienen de la vulneración de las normas jurídicas de obligado cumplimiento, su consecuencia es una sanción jurídica.
- Dentro del ámbito de los actos jurídicos **lícitos** se puede distinguir entre actos jurídicos **simples** y **negocios jurídicos,** según que las consecuencias estén especificadas en las normas jurídicas o éstas se remitan a la voluntad de los particulares. Aquí lo que prima es la voluntad de la persona, de hecho los negocios jurídicos también se denomina **declaraciones de voluntad.** Las consecuencias jurídicas dependen, en los actos jurídicos simples, de lo previsto en las normas; en el caso de los negocios jurídicos, de las pretensiones de los sujetos, si bien dentro de los límites y posibilidades que el propio Derecho establece en cada caso.

III. LA RELACIÓN JURÍDICA

En el grupo social coexisten múltiples relaciones con distintos fines, a saber, culturales, políticas, sociales, económicas, religiosos, etc. Las personas se vinculan entre sí con el propósito de alcanzar determinados objetivos. Dentro de esas relaciones se encuentran las jurídicas y aquí vamos a ver cuál es su especificidad.

Fue Savigny quien en el siglo XIX perfiló de un modo magistral el concepto de relación jurídica. Él entendía que para que se pudiera hablar de relación jurídica tendrían que estar presentes dos aspectos: por un lado, la relación social preexistente (que es el elemento material) y por el otro, el derecho que regula esa relación (elemento formal). Sin embargo, a pesar de su aparente sencillez ha habido posiciones doctrinales encontradas acerca tanto de la naturaleza de la relación jurídica como de los elementos que la constituyen.

Respecto a su naturaleza se puede establecer que encontramos relaciones jurídicas creadas totalmente por el Derecho, como por ejemplo, una relación de carácter tributario; y otras que presentan un substrato preexistente, como puede ser la filiación que da lugar a una relación jurídica. En este sentido, se puede afirmar que para que

estemos ante una relación jurídica debe darse una vinculación de carácter intersubjetivo inserta en una estructura normativa.

En cuanto a los elementos que la constituyen, aun no siendo pacífico el debate en la doctrina, se puede afirmar que en toda relación jurídica hallamos cuatro elementos: a) sujetos; b) vínculo de atribución; c) objeto; d) norma jurídica. Veámoslos.

a) **Sujetos:** toda relación jurídica implica al menos a dos sujetos, bien personas físicas o personas jurídicas, es decir, que puedan ser titulares de derechos y de obligaciones. No puede haber relación jurídica entre una persona y una cosa, un animal, una planta.
b) **Vínculo de atribución:** es el elemento central de toda relación y que coloca a los sujetos en posiciones jurídicas correlativas, a cada persona le corresponden una serie de derecho o deberes, de modo que cuando la relación atribuye a uno derechos, al otro le impone el deber correlativo. Por ejemplo, comprador y vendedor tienen derechos y deberes correlativos, el primero el pago del justiprecio y el segundo la entrega de la cosa vendida.
c) **Objeto:** es aquello en virtud de lo cual se constituye la relación jurídica. Siempre aparece en cualquier relación jurídica el motivo que impulsa a los sujetos a establecer o mantener el vínculo que les une. Es lo que se denomina también el contenido de la relación. Puede tratarse de bienes tanto materiales como inmateriales, o de un determinado comportamiento (bien activo, bien omisivo).
d) **Norma jurídica:** este es el elemento más decisivo ya que es el propiamente creador de la relación jurídica en tanto que jurídica. Sin embargo, y a pesar de que, como hemos visto anteriormente, algunas teorías establecen que es la propia norma jurídica la que crea la relación, esto no puede ser admitido, en tanto que la relación preexistente como su propio nombre indica es previa, y las normas jurídicas no están dentro de la relación.

IV. LA SITUACIÓN JURÍDICA

La situación desde un punto de vista genérico se puede definir de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española como «estado o constitución de las cosas y personas», y como «conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o algo en un determinado momento». Es así un elemento que condiciona la existencia de los seres humanos, dándose las circunstancias de que en ocasiones esas situaciones son generadas por ellos mismos y, en otras, les vienen impuestas desde el exterior.

Desde el punto de vista jurídico, las situaciones jurídicas se pueden definir como las posiciones que ocupa cada uno de los sujetos que intervienen en las diversas relaciones jurídicas. Como dice el gran iusfilósofo español Legal Lacambra, son las distintas circunstancias de la existencia jurídica personal conforme a las que el sujeto

realiza o está en disposición de realizar las varias formas de conducta que constituyen el activo (derechos) y el pasivo (deberes) de su haber jurídico. En este sentido, tradicionalmente se vienen agrupando en dos los tipos de situaciones jurídicas: las que imponen deberes y se definen como situaciones jurídicas pasivas y las que atribuyen poderes o facultades y se definen como situaciones jurídicas activas. Sin embargo, hay que decir ya desde ahora que es una distinción que se hace más desde un punto de vista didáctico que real, porque lo normal es que cada una de las situaciones jurídicas en que está el sujeto comporte simultáneamente derechos y deberes correlativos, del mismo modo que veíamos al explicar los elementos de las relaciones jurídicas.

Es imprescindible el diferenciar la situación jurídica activa del derecho subjetivo, pues éste no es en absoluto una situación jurídica, sino un efecto de esa situación, en cuanto que es la situación la que atribuye a ese sujeto el derecho que le es posible ejercitar en esa relación.

V. LA SANCIÓN JURÍDICA

1. El concepto general de sanción

El término «sanción» se utiliza en el ámbito jurídico con dos significados. En un sentido que podríamos tildar de técnico, propio del derecho constitucional, se denomina sanción al acto con el que el Rey perfecciona la ley, manifestando su acuerdo con el contenido del texto y su voluntad de que integre el ordenamiento jurídico. Sancionar una ley significa desde este punto de vista reconocerla válida en el plano del Derecho, productora de efectos jurídicos. A través de esta función participa el Rey en el ejercicio de la función legislativa. Así se establece en la actualidad en nuestra Constitución en su art. 91 donde indica que el Rey sancionará en el plazo de 15 días las leyes aprobadas por las Cortes Generales. La sanción es un acto obligatorio, pero también necesario para la perfección de la ley que no es tal sin la colaboración del Monarca. Tanto es así que el texto normativo, todavía no sancionado, no es ley sino proyecto de ley.

En un sentido menos técnico y más general y difuso (el que más nos interesa aquí) es el que entiende por sanción el hecho de «castigar», «mal a infligir a quien no se ha conformado con la regla». Desde este punto de vista, sanción serían todos aquellos mecanismos que el ordenamiento incorpora a su estructura para evitar la posibilidad del incumplimiento de las normas jurídicas. Presupone que el incumplimiento es considerado por el propio ordenamiento jurídico como una posibilidad inherente al propio deber jurídico. En esta segunda acepción, la sanción vendría corregir un «desequilibrio» producido en el ordenamiento jurídico por una vulneración de una de sus normas. En este último significado es en el que nos vamos a centrar en esta lección.

El punto de partida sobre el que se asienta el análisis sobre la sanción jurídica es doble: por un lado, en cualquier ordenamiento jurídico toda norma puede ser incumplida; y, por el otro, que de hecho, muchas de las normas que pertenecen a ese ordenamiento lo son. Evidentemente, la finalidad del ordenamiento jurídico es la de ser efectivo pues su función última es organizar la convivencia del grupo de un modo pacífico. Para ello, deberá arbitrar los mecanismos necesarios para asegurar y garantizar su cumplimiento y esto lo lleva a cabo por medio de las *sanciones*.

La sanción no es un efecto primario de las normas jurídicas. Éstas se caracterizan por la imposición de deberes y la correlativa atribución de derechos. Sólo en el caso de que falle esta estructura, se impondría la sanción. Así, ésta aparece como un efecto derivado y secundario. Como afirma B. De Castro, es también un efecto no deseado, en el sentido de que sólo puede ser aplicada cuando no se logra evitar el incumplimiento del deber jurídico. En ese sentido, las sanciones ejercen también una función retributiva y ejemplarizante.

Este recurso, sin embargo, no es exclusivo de la normatividad jurídica. Otros códigos normativos (moral, usos sociales, normas religiosas, reglas del juego, etc.) están respaldados también por sanciones. Lo que ocurre es que la sanción jurídica presenta unos rasgos distintivos que la hacen singular respecto al resto. Así las sanciones jurídicas se distinguen de todas las demás, como afirma B. De Castro, por su especial rigor y grado de formalización: están socialmente organizadas, cuentan con la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza y disponen de órganos específicos de imposición. Como afirma el filósofo del Derecho italiano, Norberto Bobbio, que lo que caracteriza a las sanciones jurídicas es el haber llegado al máximo grado de institucionalización. Y ello no porque sí, sino por el mandato que emana del valor de la seguridad jurídica presente en todo Estado de Derecho, por el que es imprescindible que el sistema haga público todo lo que atañe a la imposición de sanciones. Ruiz de la Cuesta sostiene que en esa publicidad deberán quedar claro los siguientes puntos:

1) *qué* es lo que se castiga, es decir qué tipo de conductas van a ser objeto de sanción.
2) *cómo* se castiga, o sea, qué tipo de sanciones se prevén para las conductas antijurídicas.
3) *Quién* castiga, para establecer las personas o autoridades que serán competentes para imponer los castigos.
4) *De qué forma* se castigará, para que se conozcan los procedimientos que regularán la imposición de los castigos, así como los recursos que puedan ejercitarse frente a las sanciones.
5) *Dónde* se castiga porque el derecho tiene previstas las sedes en las que se imponen y cumplen las sanciones.

Por último hay que diferenciar entre el elemento de la coactividad y la sanción jurídica. El primero es la posibilidad de aplicación de la fuerza física por parte de la organización social, pero no pueden identificarse ambos pues hay muchas actuaciones jurídicas de carácter coactivo que no tienen ningún carácter sancionador. Así, por ejemplo, el internamiento a la fuerza de un loco furioso en un centro de salud no es ninguna sanción. Y tampoco lo es el tratamiento médico preventivo que puede llegar a imponerse por la fuerza en casos de epidemia.

En conclusión, podríamos definir *la sanción jurídica* como las medidas que un ordenamiento jurídico cualquiera establece al fin de reforzar el respeto de sus propias normas y, en su caso, remediar los efectos de su incumplimiento.

2. Tipos de sanciones jurídicas

Además de las sanciones que existen en otros sistemas normativos (morales, sociales, religiosas,...), dentro del ordenamiento jurídico pueden darse distintos tipos de sanciones. Estas pueden ser clasificadas en relación con muchos criterios. Uno podría ser, por ejemplo, atendiendo a las distintas ramas del derecho. Así habría penales, civiles, administrativas, internacionales, etc. Sin embargo, semejante criterio, como dice García Maynez, no satisface porque aun cuando es cierto que la índole de las normas sancionadas determina a veces las de las respectivas sanciones, también es verdad que ello no ocurre siempre y que hay formas sancionadoras generales, es decir aplicables a toda clase de preceptos, independientemente de su materia, como por ejemplo, la nulidad y la multa.

Una de las distinciones más importantes que se han dado en la doctrina es la de N. Bobbio entre sanciones *negativas y positivas*. Este autor defiende una noción de sanción en sentido amplio: la sanción –dice– es la consecuencia agradable o desagradable que el propio ordenamiento jurídico atribuye a la observancia o a la inobservancia respectivamente de sus normas. En consecuencia, dentro del concepto de sanción no sólo se incluirían las consecuencias negativas que presenta para el obligado el incumplimiento de la norma, sino también aquellas medidas que intentan promover un determinado comportamiento en la sociedad. Veámoslo más detenidamente.

Sanciones *negativas*. Son aquellas medidas que tienden a contrarrestar el incumplimiento de una norma jurídica. A su vez, pueden *ser retributivas y reparadoras*. Entre *la retributivas* destacan las de carácter penal (delitos o faltas) con la consecuente privación de libertades, derechos o bienes de las personas, y las de carácter administrativo (multas). Las *reparadoras* son características del Derecho privado, en cuanto se basan en el principio de satisfacción y resarcimiento por un daño causado, ya que el Estado obliga a la parte incumplidora a hacer lo convenido o en su caso a indemnizar (vgr. indemnización de daños y perjuicios).

Sanciones *positivas*. Son aquellas medidas que tienden a través de una acción directa a promover el cumplimiento o la ejecución de una norma. A su vez, pueden ser *retributivas* y las *reparadoras*. Las primeras consisten en el establecimiento de premios, recompensas, condecoraciones, honores, etc. Mientras que las segundas consistirían en compensaciones de diverso tipo por trabajos, esfuerzos, gastos, etc. Como son por ejemplo los beneficios fiscales a empresas por motivo de la contratación de trabajadores bajo ciertas condiciones. En el Estado social de Derecho han aumentado considerablemente este tipo de sanciones, el Derecho está asumiendo una función promocional.

Como se desprende de las distintas clasificaciones y del concepto, la sanción jurídica no es un concepto pacífico en la doctrina. Independientemente de que incluyamos dentro del ámbito de la sanción las consecuencias «agradables», en terminología de Bobbio, del ordenamiento jurídico o, aún yendo más lejos, cualquier efecto o consecuencia que corresponde a cualquier conducta jurídica, la sanción jurídica cumple una función directiva dentro del grupo social, al promover unas conductas y reprimir otras. Es importante, por otro lado, poner de manifiesto la diversidad de las sanciones jurídicas, pues no se pueden reducir a las penas en sentido estricto. Así, en la sanción estarían incluidas también la nulidad de los actos, la caducidad de los derechos, el deterioro o agravamiento de la obligación cumplida, la indemnización de daños y perjuicios, la ejecución forzosa o el cumplimiento por sustitución y también, por supuesto, la imposición de la pena.

3. La sanción en la teoría normativa

La tradición positivista desde la obra de John Austin utiliza el término sanción en su vertiente negativa. Para este autor, la sanción constituía una noción central que en su interrelación con otros conceptos jurídicos fundamentales, como el de mandato, conformaba la estructura del Derecho. En este sentido, Ihering declaraba expresamente que una regla de derecho desprovista de coacción jurídica es un contrasentido: «es un fuego que no quema, una antorcha que no alumbra».

Esta tesis encuentra su desarrollo más brillante en el principal exponente del normativismo, Hans Kelsen. Para este autor sólo son normas jurídicas genuinas las que prescriben una sanción (sanción negativa), incluyendo en éstas sólo las penas y la ejecución forzosa de bienes. No obstante, en su segunda edición de *La Teoría Pura del Derecho* (1960) llega a admitir la existencia de reglas cuya consecuencia normativa fuera un premio y no un castigo. Sin embargo otorga a este tipo de normas una importancia secundaria respecto de aquellas en las que se impone una medida de carácter coercitivo. Y, más adelante, ni siquiera otorga a esas normas el carácter de secundarias, simplemente les niega la juridicidad. Son sanciones que circunscriben su existencia al ámbito moral.

La sanción es considerada por Kelsen un concepto primitivo, en el sentido de que lo utiliza para definir el resto de los conceptos jurídicos fundamentales y presenta cuatro propiedades: a) es un acto coercitivo, es decir, un acto de fuerza efectiva o latente, potencialmente coactivo ante el incumplimiento de la norma jurídica; b) tiene por objeto la privación de un bien; c) quien lo ejerce está autorizado por una norma válida dispuesta por una autoridad competente; y d) debe ser la consecuencia de una conducta de algún individuo.

Esta concepción de la sanción ha sido criticada por Hart. Éste subraya, en primer lugar, que esta tesis no explica adecuadamente otras normas que también son jurídicas, pero que no imponen sanciones, como son, por ejemplo, las que confieren potestades, las cuales son de dos tipos: las que confieren a los particulares potestades de naturaleza privada tales como la potestad de contraer matrimonio, otorgar testamento... y las que confieren potestades públicas a los funcionarios, como son las que facultan a los órganos legislativos para legislar, a los jueces para decidir litigios, etc. Además, Hart sostiene que estas normas desempeñan una función distinta a la de las normas que imponen deberes, pero su función es tan característica del derecho y tan importante para la vida social como la de aquéllas, razón por la cual no deben ser reducidas a meros fragmentos o partes de las normas que imponen deberes y establecen sanciones. Incluso en el Derecho penal, la función principal no es la función sancionadora, sino la de establecer guías o pautas para el comportamiento de los miembros de la sociedad y sólo cuando esta función primaria fracasa, esto es, cuando el Derecho es transgredido, entra en juego la función sancionadora. Es cierto que el Derecho necesita de las sanciones para ser eficaz, pero la verdadera razón de ser del Derecho es hacer que los miembros de la sociedad se comporten de tal forma que se mantenga esa vida social y el orden pacífico de las relaciones. Además, por otra parte hay normas jurídicas que son observadas espontáneamente sin necesidad de recurrir a la sanción. En definitiva, la sanción constituye una consecuencia derivada, secundaria. Es, por otra parte, un efecto no deseado, en el sentido de que sólo puede ser aplicada cuando no se logra evitar el incumplimiento del deber jurídico. De ahí que concluyamos que no puede ser utilizada como concepto primitivo a partir del cual se defina lo que es el Derecho, como hace Kelsen. Entendemos que la sanción, como afirmábamos anteriormente, es un efecto secundario, derivado y no deseado del derecho.

VI. LA INSTITUCIÓN JURÍDICA

Desde un punto de vista estructural, ya hemos dicho anteriormente, que el conjunto de las normas jurídicas que conforman el Derecho no son un mero agregado, sin ningún orden entre ellas, sino que ellas configuran un sistema con sus propios mecanismos de integración y de resolución de antinomias, es lo que se denomina

el ordenamiento jurídico. Este ordenamiento se articula en torno a bloques básicos o unidades de actuación dentro de las relaciones jurídicas, como las familiares, las societarias. A estos conjuntos de normas y de relaciones jurídicas ordenadas en torno a una idea común se les denomina *instituciones jurídicas*. Así, por ejemplo, las normas que regulan la familia no se comprenden sino se consideran en su totalidad.

Como afirma B. De Castro, para su definición es necesario recoger las dos tradiciones que han marcado su comprensión: por un lado, la de los juristas romanos y, por otro, la introducida por el institucionalismo contemporáneo.

Brevemente, la institución dentro de la tradición romanista aparece vinculada a la práctica de los juristas que impartían la enseñanza del Derecho. Así, Ulpiano tiene sus propios libros de instituciones, que más tarde recogerían con bastante fidelidad los civilistas y de este modo, se asimilaban las instituciones a ciertas realidades jurídicas complejas (proceso, propiedad, herencia, etc.) que constituyen unidades dentro del respectivo sistema de relaciones. En este sentido, construyen las instituciones desde las normas del legislador, constituyendo las propias instituciones una labor propia de la dogmática jurídica.

Desde la tradición institucionalista que iniciara M. Hauriou, partiendo de Savigny y adhiriéndose a la perspectiva sociológica, la institución ya no es una construcción de los científicos del Derecho, es una realidad social compleja que está dotada de organización interna, de modo que la actividad de todos sus miembros se realiza de acuerdo a la idea directriz que los aglutina. Desde ahí el fenómeno básico para entender la institución no es ya la norma como en el caso de los romanistas, sino la realidad social. Así, la institución es una aprehensión conceptual de la realidad. El jurista observa la realidad social y la aprehende en instituciones jurídicas.

Lecturas útiles

Si desea ampliar o profundizar las explicaciones de esta lección, puede encontrar ayuda en:

BETEGÓN, J., y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 188-198.
DE LUCAS, J. (coord.), *Introducción a la teoría del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 135-138; 236-240.
DE CASTRO, B., MARTÍNEZ MORÁN, N., *Diecisiete lecciones de Teoría del Derecho*, 2ª ed., Editorial Universitas, Madrid, 2011.
NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 168-190.
PECES BARBA, G. y otros, *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 286-291.
PÉREZ LUÑO, A.E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 163-165.

Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Qué es la persona?
2. ¿Qué tipo de personas jurídicas existen? Ponga algún ejemplo de cada.
3. Distinguir entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.
4. Defina y aclare las diferencias entre hechos y actos jurídicos como supuestos de hecho de las normas jurídicas
5. Elementos de la relación jurídica
6. ¿Qué es lo que distingue a la sanción jurídica del resto de las sanciones?
7. ¿La sanción jurídica puede ser un premio? Razone su respuesta
8. ¿El imponer sanciones es una característica exclusiva de los ordenamientos jurídicos?
9. ¿Según Kelsen un acto es un delito cuando es sancionable?
10. ¿En qué se diferencia un internamiento por una enfermedad contagiosa de una pena de prisión?

UNIDAD DIDACTICA III
LA LEGITIMACIÓN ÉTICA DEL DERECHO

Objetivo general de la Unidad III

Esta unidad está dedicada a *la legitimación ética del Derecho*. Esta problemática es abordada por una de las partes integrantes de la Filosofía del Derecho denominada mayoritariamente *teoría del Derecho Justo*, cuyo objetivo básico es realizar una reflexión profunda acerca de la justificación o legitimación del Derecho positivo.

En la presente Unidad esa reflexión se fracciona en tres temas: tema 10: *Los valores jurídicos. Justicia y Derecho*; tema 11: *los Derechos Humanos: concepto y Fundamentación*; y tema 12: *Derechos Humanos y Derechos Fundamentales*.

El objetivo general de este bloque es conseguir que el lector adquiera los instrumentos necesarios para llevar a cabo un análisis crítico de un ordenamiento positivo dado.

TEMA 10.
Los valores jurídicos. Justicia y Derecho

Rafael Junquera de Estéfani

Sumario

Para cumplir los anteriores objetivos vamos a seguir el siguiente itinerario: en primer lugar constataremos qué valores existen o deberían existir dentro de un ordenamiento jurídico; en segundo lugar veremos cómo la Justica se ha considerado por todas las sociedades y la mayoría de corrientes del pensamiento filosófico-jurídico como el valor fundamental y definitorio del propio Derecho; en tercer lugar se estudiará cómo las diversas culturas han buscado unos principios éticos superiores que sirvieran de límite y crisol a las leyes vigentes en su propia sociedad y presentaremos las soluciones más importantes que se han encontrado en esa búsqueda; en último lugar, y tras recorrer los anteriores estadios, finalizaremos nuestro recorrido presentando el contenido de la justicia y su relación con los Derechos Humanos.

Sumario del tema:

I. *Los valores del ordenamiento jurídico: Paz Social, Bien común, Seguridad Jurídica, Dignidad, Libertad, igualdad.* 1. Valores Jurídicos Colectivos. 2. Valores Jurídicos Individuales. II. *Justicia y Derecho: La Justicia como Valor Fundamental del Derecho.* 1. Valor Jurídico Fundamental: La Justicia. 2. La justificación ética del Derecho. El problema del Derecho Justo. 3. La justicia en la Organización Social. III. *El contenido de la justicia: Derecho Justo y Derechos Humanos.* 1. ¿Qué es la Justicia? 2. Derecho Justo y Derechos Humanos.

Objetivos

Enmarcado en el contexto de la problemática relativa a la *Legitimación ética de las leyes*, la lección 10 pretende clarificar qué valores pueden considerarse como jurídicos y qué relación existe entre uno de estos valores y el Derecho. Por otra parte, también se plantea el objetivo de introducir al lector muy someramente en un concepto básico para la Filosofía del Derecho: el denominado *Derecho Justo*. Para ello se parte de las principales soluciones que históricamente se han seguido para buscar una justificación ética a las leyes.

Resumen

La misma historicidad y las ópticas de las distintas corrientes doctrinales hacen muy difícil determinar cuáles son los distintos valores jurídicos que los ordenamientos de nuestras sociedades contemporáneas intentan plasmar en su normativa. En un intento de sistematización hemos establecido la siguiente clasificación: a– *valor jurídico fundamental*: la Justicia; b– *valores jurídicos colectivos*: la paz, el bien común, la seguridad jurídica; y c– *valores jurídicos individuales*: la dignidad de la persona, la libertad personal, la igualdad entre las personas. La Justicia quedaría como el valor fundamental y referencial del propio Derecho. Esta estructuración no pretende constituir una lista cerrada, sino una sistematización de aquellos valores que son considerados por la gran mayoría de autores más esenciales y representativos en nuestro ámbito cultural.

Llevado por su propia experiencia el ser humano se ha preocupado por encontrar unos valores éticos que sirvan para justificar y fundamentar al Derecho y se constituyan como límites al legislador. La historia jurídica de las diversas sociedades puede constatar este hecho. Con esta finalidad hemos realizado un rápido recorrido por varias etapas: *la Grecia clásica; el mundo helénico-romano; la escolástica; el racionalismo*; y los *siglos XIX y XX*. Todos tienen el común denominador de la búsqueda metódica por encontrar unos criterios que dirijan la creación y transformación del Derecho en aras de la realización de la justicia en nuestras sociedades.

Cuando hoy hablamos de la globalización se hace alusión a que ello implica vivir como una comunidad mundial (organización social mundial), con unos *valores mundiales* que le son necesarios porque proporcionan defensa y cohesión a la comunidad global. Esos valores son: *la paz, la libertad, el progreso social, la igualdad de derechos y la dignidad humana*. La Justicia en la organización social viene determinada por la realización de estos valores.

Estamos hablando de Justicia como valor fundamental del Derecho, pero ¿qué es la Justicia? Para acercarnos al contenido de la Justicia nos remitimos al jurista H. Kelsen. Para éste, se puede definir desde dos perspectivas: a– fundamentalmente es una característica *posible* y *no necesaria* de un orden social; b– secundariamente es una virtud humana, pues se actúa justamente cuando la conducta coincide con ese orden social justo. Pero ¿cuándo podemos calificarlo como tal? Aquí aparece el problema.

Hemos visto que son dos las grandes corrientes básicas en que pueden quedar agrupadas todas las soluciones dadas al problema de la justificación ética de las leyes y, por ende, a lo que consideremos como Derecho Justo: *el iusnaturalismo* y *el iuspositivismo*. Bajo la primera expresión se acogen todas aquellas posturas que defienden la existencia de un *orden objetivo superior* que es permanente y universal. Bajo el rótulo *iuspositivistas*

abarcamos todas las que colocan los criterios fundamentadores o legitimadores del Derecho positivo en los factores empíricos que constituyen la estructura de la sociedad.

Hoy, superada la confrontación entre iusnaturalismo y luspositivismo, se afirma que los Derechos Humanos, en una sociedad mundial que comparte varios elementos comunes y que funciona como una «aldea global», suponen el mínimo de convergencia ética universal. Son el resultado de la confluencia de distintas corrientes éticas. Por tanto, estos derechos son categorías morales que expresan valores básicos para toda sociedad. Como consecuencia, se mantiene que los Derechos Humanos son enunciados de justicia por varios motivos: a– porque *aluden a exigencias morales*; b– porque *suponen criterios superiores a todo ordenamiento jurídico*; c– porque *su característica esencial es el rango moral* al convertirse en normas morales básicas de la sociedad; y d– porque *suponen el criterio último de la justicia de las leyes* al prescribir las condiciones de justicia de todo ordenamiento.

I. LOS VALORES JURÍDICOS: PAZ SOCIAL, BIEN COMÚN, SEGURIDAD JURÍDICA, DIGNIDAD, LIBERTAD, IGUALDAD

Según afecten al grupo social o a los individuos aislados, vamos a diferenciar entre Valores Jurídicos Colectivos o Individuales.

1. Valores Jurídicos Colectivos

Los valores colectivos son aquellos que contemplan intereses del grupo social. Podemos considerar como más relevantes, dentro de este apartado, los siguientes: a– *la paz social*, b– *el bien común*, c– *la seguridad jurídica*.

a. *La Paz social: sentido objetivo y subjetivo.* Es una aspiración de cualquier grupo conseguir que las relaciones dentro del mismo se lleven a cabo de un modo pacífico. Pero, la simple ausencia de fuerza no asegura la paz social, sino que ésta debe estar ligada al dominio del Derecho en las relaciones intersubjetivas. Este valor sólo puede ser fruto de la Justicia, en caso contrario no sería más que la implantación de la injusticia. Se distingue, dentro del concepto de *paz social*, un *sentido objetivo* y un *sentido subjetivo*. En el primero de estos sentidos entendemos como paz social *que un sistema social y jurídico sea eficaz en realizar los valores para cuyo logro fue instituido*. En el segundo la entendemos como *que los miembros de la sociedad tengan la convicción de que las normas además de eficaces son justas*. Así, eficacia y Justicia deben armonizarse para lograr que este valor se realice en la sociedad.

Paz social	
Sentido objetivo	*que un sistema social y jurídico sea eficaz en realizar los valores para cuyo logro fue instituido*
Sentido subjetivo	*que los miembros de la sociedad tengan la convicción de que las normas además de eficaces son justas*

b. *El bien común.* El bien común o de la sociedad no puede separarse del bien de todos y cada uno de sus miembros. Aunque en ocasiones nos veamos obligados a dar primacía a la esfera colectiva frente a la individual en aras de la supervivencia del grupo social, no se puede pensar que es posible conseguir el bien de una colectividad si sus miembros se encuentran insatisfechos y sin posibilidades de realización personal. *El auténtico bien común se alcanza cuando los miembros de una sociedad gozan de la posibilidad de acceder a los medios que son necesarios para satisfacer sus necesidades y para el desarrollo y perfeccionamiento de su personalidad.* La Justicia aparece también aquí como una condición necesaria para el bien común.

Bien común	*cuando los miembros de una sociedad gozan de la posibilidad de acceder a los medios que son necesarios para satisfacer sus necesidades y para el desarrollo y perfeccionamiento de su personalidad*

c. *La seguridad jurídica: dimensiones y elementos.* Es un valor que surge con la modernidad y vinculado al concepto de Estado de Derecho. Para algunos autores, más que un valor es una de las notas o caracteres esenciales del Derecho. Se pueden diferenciar dos dimensiones de la seguridad jurídica: la *certeza del orden jurídico* y la *confianza en el orden jurídico*. En general podemos decir que los elementos básicos constitutivos de la seguridad jurídica son: *la generalidad* (que las normas sean aplicables a la gran mayoría de los ciudadanos y de los casos), *la publicidad* (que se publiquen en medios que favorezcan el conocimiento por parte de los miembros de la sociedad), *la claridad* (que sean inteligibles para todos), *la estabilidad* (que se mantengan en vigor durante un tiempo razonable), *la irretroactividad* (que no se apliquen a casos y situaciones anteriores a la entrada en vigor de la norma) y *la plenitud* (que no se dejen casos o situaciones sin tener cobertura legal). Se ha considerado a este valor como una condición de otros valores y a través de la creación de un entorno de paz y de certeza sirve para fundamentar derechos y principios de organización.

Seguridad Jurídica	
Dimensiones:	– la *certeza del orden jurídico* – la *confianza en el orden jurídico*
Elementos:	– *la generalidad* – *la publicidad* – *la claridad* – *la estabilidad* – *la irretroactividad* – *la plenitud*

2. Valores Jurídicos Individuales

Los valores jurídicos individuales son los que afectan a los intereses de los individuos y se han convertido en los ejes en torno a los que se ha centrado la reivindicación de los derechos humanos. Es más, se puede afirmar que estos derechos son concreciones de los valores jurídicos individuales básicos, ya que intrínsecamente constituyen exigencias de la existencia humana. Estos valores son: a– *la dignidad* de la persona; b– *la libertad* personal, y c– *la igualdad* entre las personas.

a. *La dignidad personal: notas definitorias.* Vamos a considerar que el valor dignidad viene definido por varias notas: *valor fundamentador; valor «protector»; autodisponibilidad; autodeterminación; y autoconciencia.* Es valor fundamentador porque es el valor básico en el que se fundamentan el resto de los valores individuales y de los derechos humanos y que explica las necesidades de la persona en la esfera moral, afirmando el pleno desarrollo de su personalidad; es protector porque este valor supone una garantía de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones. Este valor también implica el reconocimiento de la total *autodisponibilidad* de las posibilidades de actuación de cada ser humano y de la *autodeterminación* o posibilidad de decidir por uno mismo. La *autoconciencia* consiste en ser capaz de tener conciencia de su propio modo de ser dentro del mundo. A pesar de lo dicho, es muy difícil determinar en qué consiste este valor y cuál es su contenido.

Dignidad Personal	
Notas:	– *valor fundamentador* – *valor «protector»* – *autodisponibilidad* – *autodeterminación* – *autoconciencia*

b. *La libertad personal: de qué, para qué y de quién.* Hablar de libertad obliga, de entrada, a especificar tres dimensiones (Pérez Luño): *de qué cosas se es libre* (implica autonomía: ausencia de vínculos, presiones o coacciones externas –libertad negativa–); *para qué* actividades se es libre (la libertad implica posibilidad para realizar determinadas conductas –libertad positiva–); y *respecto de quién* se es libre (alude al marco o contexto externo de su ejercicio –relaciones interpersonales–, es la dimensión social y comunitaria de la libertad).

Libertad personal: DIMENSIONES	
– De qué	Autonomía: ausencia de vínculos, presiones o coacciones externas
– Para qué	Libertad positiva: posibilidad para realizar determinadas conductas
– De quién	Dimensión social y comunitaria: contexto de su ejercicio

c. *La igualdad personal: manifestaciones.* Es un valor peculiar que ha llevado a considerarlo algo artificial, pues la realidad nos demuestra que las *diferencias* existentes entre los hombres son *múltiples, profundas* y *constantes*. Pero, basados en la dignidad, se puede declarar que todos los seres humanos son básicamente iguales y así deben ser tratados en cuanto miembros de la sociedad. Se reconocen dos manifestaciones del valor *igualdad*: *formal* y *material*. En su dimensión *formal* se refiere al principio de igualdad ante la ley. Se reconoce que todos los ciudadanos deben ser tratados igualitariamente por el Derecho. Se concreta en una serie de postulados: a– *generalidad* de la ley (se contempla la igualdad básica de todos a través del postulado: las normas jurídicas y los tribunales deben ser idénticos para todos); b– *equiparación* ante la ley (se contempla la irrelevancia de determinadas diferencias: trato igual de circunstancias o de situaciones que son diferentes); y c– *diferenciación* ante la ley (se atiende a diferencias esenciales: situaciones o circunstancias aparentemente semejantes deben ser tratadas de manera diferente). La igualdad *material* supone el equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales. En aplicación de este criterio material se exige la igualdad de los individuos en el acceso a los bienes y servicios de la sociedad. Estas puntualizaciones nos evitan la tremenda injusticia de un igualitarismo uniforme.

Manifestaciones de la Igualdad personal	
– Formal	a- *generalidad* de la ley b- *equiparación* ante la ley c- *diferenciación* ante la ley
– Material	– equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales

Hasta aquí hemos enunciado una variada gama de valores que no ha pretendido constituir una lista cerrada y exhaustiva, sino, simplemente, una sistematización de aquellos que son considerados por la gran mayoría de los autores más esenciales y representativos en nuestro ámbito cultural. Somos conscientes de que en la cuneta se nos han quedado otros que muy bien podríamos haber tomado en consideración.

II. JUSTICIA Y DERECHO: LA JUSTICIA COMO VALOR FUNDAMENTAL DEL DERECHO

1. Valor jurídico fundamental: La Justicia

La Justicia es considerada por la mayor parte de los autores y en las distintas sociedades como el valor jurídico por excelencia. Se estima desde antiguo que la principal función del Derecho es hacer posible la Justicia en la sociedad. Se trata de un valor fundamental, un criterio ideal básico, que el Derecho debe hacer realidad, llevarlo a las relaciones sociales. Lo calificamos de valor fundamental o básico porque de él se derivan el resto de valores jurídicos y por ello no hemos querido integrarlo en ninguno de los otros dos apartados, ni como valor colectivo, ni como valor individual.

Ahora bien, *a la hora de explicar cómo se relacionan mutuamente el Derecho y la Justicia existen diversas posturas doctrinales*. Podemos aglutinarlas en las siguientes:

a– las que mantienen que la Justicia es el *criterio orientador esencial* del Derecho (concepción iusnaturalista); *b*– las que defienden que la Justicia *no es elemento esencial* del Derecho (concepción positivista); c– las que consideran que la Justicia es el *valor fundamental* cuya consecución debe perseguir el Derecho (concepción ecléctica).

a- Para la posición iusnaturalista, Justicia y Derecho están unidos de una manera esencial. No puede concebirse el uno sin el otro. Lo que identifica al Derecho es precisamente su contenido de Justicia. Las normas jurídicas para definirse como tales, deben ser conformes con el contenido justo de las normas del Derecho ideal (Derecho Natural) y si no lo hacen no son auténtico Derecho. Sin Justicia no existe el Derecho.

b- Para el positivismo, la idea de Justicia no es intrínseca (esencial) al Derecho, sino que está vinculada a los juicios de moral. Cuando se afirma que una determinada disposición es *justa* o *injusta* se está llevando a cabo una valoración moral y subjetiva, no jurídica. Una norma es jurídica porque reúne unos determinados requisitos formales (que proceda de un órgano competente, que se haya procedido a su publicación, etc.) independientemente de que su contenido sea justo o no lo sea. Justicia es lo que defina la ley como tal. Sin Derecho no existe la Justicia (simplificando mucho).

c- La tercera posición, es una postura *ecléctica* por cuanto defiende que la Justicia no es un elemento de la esencia del Derecho sino un valor o principio ideal que éste debe intentar realizar. Como ningún ordenamiento puede cumplir plenamente

las exigencias del ideal de Justicia, de ninguno se puede predicar que sea radicalmente justo. Así, se puede hablar de la existencia de normas injustas sin que pierdan su esencia de normas jurídicas. Lo que las caracteriza son los requisitos formales, ahora bien, lo que sí debe intentar cualquier Derecho concreto es tender hacia ese ideal de Justicia. Compagina las tesis de las dos posturas anteriores.

Las diversas posturas acerca de las relaciones entre Justicia y Derecho quedan reflejadas en el siguiente cuadro:

	Posturas	Doctrinas
RELACIONES DERECHO–JUSTICIA	a- La Justicia es el *criterio orientador esencial* del Derecho	IUSNATURALISMO
	b- La Justicia *no es elemento esencial* del Derecho	IUSPOSITIVISMO
	c- La Justicia es el *valor fundamental*.	ECLECTICISMO

Una vez establecida la relación Justicia-Derecho, hay que acercarse a su concepto. Como ocurre con el resto de valores, es difícil delimitar el contenido de la Justicia y, más aún, obtener una definición mayoritariamente aceptada. En el último epígrafe de este tema lo veremos más detenidamente.

2. La justificación ética del Derecho. El problema del Derecho Justo

El hombre en todas las sociedades y culturas ha sentido siempre la inquietud e incluso la necesidad de cuestionarse si las leyes vigentes en su ámbito espacio-temporal debían limitarse a ser un mero producto de la voluntad del legislador o de quien ejerciera el poder, o más bien debían someterse a algún criterio superior a la voluntad humana. La historia jurídica de las diversas sociedades puede constatar este hecho.

Breve referencia histórica

Ya desde los inicios de nuestra cultura occidental encontramos la creencia de que existe una medida jurídica objetiva que sirve para fundamentar las leyes de los hombres. En este rápido recorrido histórico podemos diferenciar, a grosso modo, varias

etapas: *Las corrientes presocráticas; la Grecia clásica; el mundo helénico-romano; la escolástica; el racionalismo*; y los *siglos XIX-XX*.

Dentro del mundo griego y previamente a la aparición de la línea de pensamiento característica de la época clásica, nos encontramos con ese amplio abanico de pensadores que, injustamente, aparecen anónimamente agrupados bajo un nombre genérico: *los presocráticos*. En ellos surge ya la idea de un criterio jurídico *metaempírico*, que se encuentra por encima de los hombres y sus mandatos. Tomemos dos ejemplos: los *pitagóricos* entienden la Justicia como una serie de relaciones aritméticas (aplican la idea de proporción matemática), en esa Justicia objetiva es donde se asienta el Derecho; *Heráclito* mantiene que las leyes de basan en una ley Divina, que posteriormente denomina naturaleza y más tarde *logos*. Una vez iniciado el *período clásico*, los filósofos continúan con esta reflexión, sosteniendo que el Derecho humano tiene su origen y fundamento en alguna instancia superior a las sociedades a las que pertenece el ser humano. Así, *Sócrates* mantiene que ese Derecho debe fundarse en un orden divino. *Platón* defiende la existencia de un orden jurídico trascendente, un Derecho ideal del cual debe ser reflejo el Derecho de los hombres. *Aristóteles* establece la distinción entre lo justo natural y lo justo legal, manteniendo que el primero es justo porque se entiende como tal en cualquier parte, independientemente de la voluntad humana, está por encima de ella.

En el mundo *helénico-romano* adquiere predominancia la corriente *estoica* que elabora la teoría de un Derecho natural fundado en la razón que rige el Universo. Este Derecho natural subraya la idea de dignidad humana y establece una comunidad universal de todos los hombres que son libres e iguales; este ordenamiento debe ser el orientador de las leyes humanas.

En la *patrística* (*S. Agustín*) y *la escolástica* (*Sto. Tomás*) el *logos* se transforma en *ley eterna* que es *la razón o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe que se perturbe* (*S. Agustín*). Esa ley eterna se manifiesta de una manera especial en el ser humano que es capaz de reconocerla a través de su razón: en esto consiste la *ley natural*, y ésta debe ser recogida por los hombres en la *ley humana*.

El *racionalismo* no hace descansar el Derecho en Dios; lo explica como una construcción humana derivada de su naturaleza racional. Dentro del concepto de naturaleza humana, se otorga un papel importante a elementos como el *egoísmo* y *el instinto de conservación*, la *sociabilidad* o la *indefensión*.

En el *siglo XIX* triunfa el *positivismo* que acaba con todos estos intentos históricos por encontrar esa fundamentación metaempírica de los ordenamientos jurídicos y considera que el Derecho sólo puede basarse en métodos *empíricos*. No se puede hablar de la existencia de un Derecho superior al positivo, sólo es Derecho aquél promulgado por el Estado; es el momento del legalismo estatista a ultranza. A finales de este siglo y en el transcurso del *XX* reaparece la idea de un Derecho natural, bien a través de movimientos neoescolásticos o bien a través de un replanteamiento del *iusnaturalismo* (*Stammler, Radbruch*, etc.).

Hemos podido comprobar en este breve tratamiento histórico que los intentos han sido muchos y variados. Pero, todos tienen el común denominador de la búsqueda metódica por encontrar unos criterios que dirijan la creación y transformación del Derecho en aras de la realización de la Justicia en nuestras sociedades. Todo ello queda resumido en el siguiente cuadro:

ETAPAS HISTÓRICAS	
CORRIENTES	**CRITERIOS**
– *Las corrientes presocráticas*	un criterio jurídico *metaempírico*, que se encuentra por encima de los hombres y sus mandatos
– *la Grecia clásica*	el Derecho humano tiene su origen y fundamento en alguna instancia superior a las sociedades a las que pertenece el ser humano.
– *el mundo helénico-romano*	un Derecho natural fundado en la razón que rige el Universo
– *la escolástica*	– *ley eterna* que es *la razón o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe que se perturbe* – ley eterna se manifiesta de una manera especial en el ser humano que es capaz de reconocerla a través de su razón: en esto consiste la *ley natural*, y – ésta debe ser recogida por los hombres en la *ley humana*
– *el racionalismo*	El Derecho es una construcción humana derivada de la naturaleza racional
– *siglo XIX*	el Derecho sólo puede basarse en métodos *empíricos*. Solo existe el Derecho positivo del Estado
– *siglo XX*	reaparece la idea de un Derecho natural

3. La Justicia en la Organización Social

Al relacionar la Justicia con la Organización Social, habría que delimitar a qué organización nos estamos refiriendo. Sin embargo, existen corrientes dentro de la Antropología que defienden la existencia en todas las organizaciones sociales de un

conjunto de valores comunes, entre éstos se señalan: la libertad, la justicia, el amor a los hijos, la dignidad del ser humano, la defensa de la vida, el respeto a la naturaleza, etc.

Otros autores han encontrado evidencias de la coincidencia de valores en culturas distantes en el tiempo o en el espacio. Existen diversas culturas que defienden que el ser humano tiene un núcleo inalterado que lo convierte en ser humano y le otorga una dignidad especial. Existen unos valores considerados fundamentales que pertenecen a ese núcleo (son los valores que tienen una validez universal y absoluta). El resto de valores son variables, culturales, históricos, etc. Así, podemos clasificar los valores en: *absolutos* (son los considerados universales y válidos para todos), *grupales* (son los propios de un grupo, sociedad o cultura y sólo son válidos en el contexto del que surgen y en el que son aceptados) y personales (son los valores válidos y aceptados individualmente). Veámoslo en la siguiente tabla:

VALORES	
absolutos	**grupales**
valores que tienen una validez universal y absoluta	propios de un grupo, sociedad o cultura y sólo son válidos en esa organización

De todo esto podemos sacar dos conclusiones: cada grupo humano necesita unos valores que le otorguen cohesión y le definan como tal grupo; y existe un núcleo de valores que es compartido por todos los seres humanos. Ambas conclusiones pueden tener su proyección a la situación que se ha producido en nuestra época con la llamada globalización. La Justicia pertenecería al grupo de los valores absolutos, aunque podría concretarse de diversas maneras según la organización social en que nos encontremos.

Cuando hablamos del fenómeno de la globalización, entendiéndola en un sentido positivo, estamos pensando en toda la humanidad como un gran pueblo, una sociedad, una cultura global. Esta sociedad mundial necesitará unos valores que le den integridad y cohesión. Así, Kofi Annan, ex Secretario General de la ONU, defendió (el 12 de diciembre de 2003 en una Conferencia sobre ética Mundial en la Universidad de Tubinga) que la *globalización implica vivir como una comunidad mundial* (organización social mundial) con unos *valores mundiales* que le son necesarios porque proporcionan defensa y cohesión a la comunidad. Esos valores son: *la paz, la libertad, el progreso social, la igualdad de derechos y la dignidad humana*. La Justicia en la sociedad viene determinada por la realización de estos valores. Pero este fenómeno globalizador tiene su contrapartida, sus peligros, porque lo que hace un individuo o grupo de individuos afecta a todos. Debemos pensar que nuestras acciones tendrán resultados impactantes para toda la especie humana. Ahora bien, a pesar de estos efectos generales, no todos compartimos cargas y beneficios por igual. La Jus-

ticia debería equilibrar esta desigualdad global. Estas desigualdades creadas por la globalización generan un proceso de desconfianza mutua y un gran temor. Ante esta situación, los pueblos se han cerrado sobre ellos mismos y han intentado protegerse, creándose unas prácticas proteccionistas exageradas, interpretando de manera estrecha la comunidad, excluyendo a «los otros». Todo esto ha traído unas consecuencias dramáticas: depuración étnica, genocidio, terrorismo, miedo, odio, discriminación. Todo ello ha supuesto un ataque a la Justicia como valor global.

Valores Mundiales necesarios para la cohesión	
– La paz	Su suma hace posible la JUSTICIA
– La libertad	
– El progreso social	
– La igualdad de derechos	
– La dignidad humana	

Ante el desafío generado por la globalización solo cabe, para Kofi Annan, reafirmar los valores universales, sabiendo que su validez global no depende de que se apliquen universalmente. Esos valores pertenecen a códigos éticos que suponen un ideal, una aspiración y, por tanto, tienen unas exigencias que son: a– el reconocimiento de las características humanas que compartimos; b– el respeto de la dignidad humana; c– el respeto de la sensibilidad de los otros; y d– el dejar que los demás definan su identidad. Estos valores basados en las mencionadas exigencias cumplirán la labor de manejar con respeto las diferencias y no recurrir a la destrucción mutua. La suma de dichas exigencias dará como resultado una sociedad más justa.

Códigos éticos mundiales	
Exigencias:	el reconocimiento de las características humanas que compartimos
	el respeto de la dignidad humana
	el respeto de la sensibilidad de los otros
	el dejar que los demás definan su identidad

Para el ex Secretario General de Naciones Unidas todo este acervo de valores es sinónimo de los Derechos Humanos. Los valores que pueden cumplir la función de dar cohesión y unidad a todo el género humano se encuentran contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En el último apartado de este tema profundizaremos en esta idea, al relacionar el Derecho Justo con los Derechos Humanos.

III. EL CONTENIDO DE LA JUSTICIA: DERECHO JUSTO Y DERECHOS HUMANOS

1. ¿Qué es la Justicia?

Han sido muchas las teorías que se han elaborado de la Justicia, no sólo en la época clásica (Grecia y Roma). La última mitad del siglo veinte no ha constituido una excepción y las diversas corrientes doctrinales han continuado reflexionando y planteándose esas mismas cuestiones. Es en esta última etapa donde aparecen diversos pensadores que aportan su reflexión sobre la Justicia (*Ross, Hart, Rawls, Kelsen*, etc.). Nos vamos en centrar en una de ellas, la defendida por Kelsen.

H. Kelsen en su ensayo *¿Qué es la Justicia?* la define desde dos perspectivas: a– fundamentalmente es una característica *posible* y *no necesaria* de un orden social; b– secundariamente es una virtud humana, pues se actúa justamente cuando la conducta coincide con ese *orden social justo*. Pero ¿cuándo podemos calificarlo como tal? Aquí aparece el problema.

En una primera respuesta se puede afirmar que *lo es cuando regula las conductas de manera que permita a todos alcanzar la felicidad*. Con esta argumentación se traslada el problema a una nueva cuestión ¿qué es la felicidad? Si se entiende por ella un sentimiento subjetivo, no puede existir un orden justo que lo garantice a todos, porque la felicidad de uno entrará en contraposición con la de los demás. Por eso Kelsen defiende que «ningún orden social puede solucionar este problema de una manera justa, es decir, hacer que ambos hombres sean felices».

Aparece, entonces, el conflicto de intereses y surge la Justicia como problema, porque un interés sólo encuentra su satisfacción a costa de otro y no se pueden hacer efectivos ambos. Habrá que decidir cuál de ellos se considera más valioso y digno de protección, por lo que se traslada el tema al conflicto de valores.

Llegados a este punto, *Kelsen* mantiene que es imposible tomar una decisión científico-racional por un valor determinado, *es lo emocional y no lo racional* de nuestra conciencia quien resuelve el conflicto. La solución que demos a la jerarquía de valores tendrá siempre un carácter subjetivo, por tanto, será relativo.

JUSTICIA ¿Qué es?	
Perspectivas	a- característica *posible* y *no necesaria* de un orden social; b- secundariamente es una virtud humana,
¿Cuándo un orden social es justo?	*lo es cuando regula las conductas de manera que permita a todos alcanzar la felicidad* Pero: ¿Qué es la felicidad?

2. Derecho Justo y Derechos Humanos

Como hemos podido ver en páginas anteriores, las soluciones concretas que se han dado en cada etapa histórica a la cuestión de la legitimación ética de las leyes han sido diversas, pero pueden ser agrupadas para facilitar su análisis en dos grandes corrientes básicas: *el iusnaturalismo* y *el iuspositivismo*. Sobre estas dos corrientes hablaremos en las lecciones siguientes.

En la *actualidad*, superando las concepciones iusnaturalistas y iuspositivistas, esa *Justicia vendría dada por el reconocimiento y protección de los llamados Derechos Humanos*. Hoy se puede afirmar que los Derechos Humanos, en una sociedad mundial que comparte varios elementos comunes y que funciona como una «aldea global», suponen el mínimo de convergencia ética universal. Son el resultado de la confluencia de distintas corrientes éticas. Por tanto, estos derechos son categorías morales que expresan valores básicos para toda sociedad. Podríamos decir que son exigencias del «deber ser» social. Toda sociedad debe tender a realizarse como una realidad donde impere el reconocimiento y la protección de los derechos del ser humano. Ello se convierte en el ideal de sociedad que debemos construir y hacia el que debemos tender. Podemos decir que los Derechos Humanos son expresiones de la conciencia ético-jurídica de la humanidad, concentrando el viejo ideario de la justicia social.

Como consecuencia, se mantiene que los Derechos Humanos son enunciados de justicia por varios motivos: *a*– porque *aluden a exigencias morales* que radican en la persona al designar un contenido material más humano que el de cualquier otra norma; *b*– porque *suponen criterios superiores a todo ordenamiento jurídico*, al constituir la concentración de la justicia y legitimidad que cualifica cualquier ordenamiento jurídico, cumpliendo una función orientadora de la normativa; *c*– porque *su característica esencial es el rango moral* al convertirse en normas morales básicas de la sociedad; y *d*– porque *suponen el criterio último de la justicia de las leyes* al prescribir las condiciones de justicia de todo ordenamiento. Vamos a verlo resumido en la siguiente tabla:

Razones que hacen a los Derechos Humanos enunciados de Justicia:
– *aluden a exigencias morales*
– *suponen criterios superiores a todo ordenamiento jurídico*
– *su característica esencial es el rango moral*
– *suponen el criterio último de la justicia de las leyes*

Los Derechos Humanos se han constituido en las normas básicas de todo grupo humano o, más bien, fundamentan los ordenamientos jurídicos y legitiman el sistema político. Desde esta atalaya cumplen la triple función de: *orientar, criticar y proteger*. *Orientar* los ordenamientos jurídicos para incluir en su normativa el reconocimiento

de los derechos y los mecanismos que aseguren su cumplimiento. *Criticar* cualquier sistema jurídico que no contenga un buen sistema de Derechos Humanos. *Proteger* a los individuos y a los grupos de las agresiones del poder y del resto de grupos y de individuos. Esto queda reflejado a continuación:

Función de los Derechos Humanos
– *Orientar* los ordenamientos jurídicos para incluir su reconocimiento
– *Criticar* los sistemas jurídicos que no los contengan
– *Proteger* a los individuos y grupos de las agresiones externas

Pero para que estos derechos alcancen su plena realización deben ser reconocidos políticamente y ser protegidos por el Derecho. Las exigencias éticas de este reconocimiento y protección se concretan en: *a*– ser reconocidos por una norma positiva; *b*– que este reconocimiento derive en el reconocimiento de un derecho subjetivo; y *c*– que existan mecanismos de protección ante los tribunales.

Exigencias éticas del reconocimiento y protección de los Derechos Humanos
– *Reconocimiento* por una norma *positiva*
– Derivación en un *derecho subjetivo*
– *Existencia* de mecanismos de *protección* ante los *tribunales*

Hoy que tanto se habla de globalización, podemos defender que los Derechos Humanos constituyen los valores Universales o globales. Abundando en esta idea, la Asamblea General de Naciones Unidas, en la Declaración del Milenio proclamó que los valores y principios a tomar en consideración en el siglo XXI deberían de ser:

- El respeto a la dignidad, la igualdad y la equidad
- El establecimiento de una paz justa y duradera
- El respeto a la igualdad de los Estados, su integridad y su independencia
- El respeto a los Derechos Humanos
- y la consideración de que la mundialización sea una fuerza positiva para todos.

Desde nuestra óptica vamos a defender que todos estos valores que se señalan como universales se encuentran contenidos dentro del catálogo de Derechos Humanos recogido en la Declaración Universal, exponente del mayor consenso ético existente en la historia de la humanidad. Y desde ahí encarnan el ideal de Justicia al que deben de atenerse todos los ordenamientos positivos.

Referencias bibliográficas

Si desea ampliar o profundizar las explicaciones de esta **lección**, puede encontrar ayuda en:

ARA PINILLA, I., *Teoría del Derecho*, Ediciones JB, Madrid, 1996 (pp. 31-68).
DE CASTRO CID, B. (coord.), *Manual de Teoría del Derecho*, Madrid, UNIVERSITAS, 2007, (pp. 305-320).
JUNQUERA DE ESTÉFANI, R., «¿Valores globales o valores culturales?» en V. M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ (coord.), *Globalización: un enfoque multidisciplinar*, Valencia, TIRANT LO BLANCH-UNED, 2010, pp. 161-179.
PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho (una concepción de la experiencia jurídica)*, Tecnos, Madrid, 2007 (pp. 213-244).
PÉREZ LUÑO, A. E., *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Tébar, 2007 (esta obra ofrece un gran interés para acceder a una panorámica clara de los movimientos de la cultura jurídica contemporánea).

Ejercicios de autoevaluación

1. Defina muy brevemente Paz Social en sentido objetivo y subjetivo
2. Defina el Bien común
3. Enumere las dimensiones de la Seguridad Jurídica
4. Enumere los elementos de la Seguridad Jurídica
5. Enumere las notas que caracterizan la Dignidad Personal
6. Diga cuáles son las dimensiones de la Libertad personal y en qué consisten
7. Diga cuáles son las tres dimensiones en que se manifiesta la igualdad formal
8. Diga cuáles son las tres dimensiones en que se manifiesta la igualdad material.
9. Diga qué tres doctrinas representan las distintas posiciones al relacionar la Justicia con el Derecho y cuáles son las posturas que adoptan.
10. Explique qué quieren decir las posturas iusnaturalistas cuando defienden que la Justicia es un criterio orientador esencial del Derecho.
11. Explique qué quieren decir las posturas iuspositivistas cuando defienden que la Justicia no es un elemento esencial del Derecho.
12. Diferencie entre valores absolutos y valores grupales.
13. Diga cuáles son los valores mundiales necesarios para una cohesión de la comunidad global (para Kofi Annan).
14. Enumere las exigencias de los códigos éticos mundiales.
15. Diga cuáles son las dos perspectivas por las que define Kelsen la Justicia.
16. Para Kelsen ¿Cuándo un orden social es justo?
17. Enumere las razones que convierten a los Derechos Humanos en enunciados de Justicia.
18. Enumere la triple función que cumplen los Derechos Humanos como fundamentos del orden jurídico y como legitimación del sistema político.
19. Diga cuáles son las exigencias éticas del reconocimiento y protección de los Derechos Humanos.
20. Enumere los valores y principios a tomar en consideración en el siglo XXI según la Declaración del Milenio (Naciones Unidas).

TEMA 11.
Los Derechos Humanos: concepto y fundamentación

Narciso Martínez Morán

Sumario

I. *De los Privilegios a los Derechos Humanos.* II. *Aproximación al concepto de Derechos Humanos.* III. *Caracteres de los Derechos Humanos.* IV. *Las Fundamentaciones de los Derechos Humanos.* 1. Fundamentación Iusnaturalista. 2. Fundamentación Positivista. 3. Fundamentación Axiológica.

Objetivos

Dada la transcendencia y el protagonismo que los derechos humanos han adquirido en la actualidad, en este tema pretendemos dar a conocer, aunque de forma muy elemental cómo se han ido gestando desde los privilegios medievales hasta la configuración actual dicho derechos. Al mismo tiempo trataremos de definirlos conociendo sus caracteres y las diferentes formas de fundamentación.

Resumen

Ya en la Edad Media, los monarcas conferían ciertas concesiones a determinadas personas o estamentos. Se trataba de privilegios, pues no puede hablarse de derechos humanos hasta que dichas concesiones se generalizaron y universalizaron para todos los seres humanos, lo cual sucede a partir de la Edad Moderna, aunque hasta bien entrado el siglo XVIII no se reconocerán los derechos humanos en declaraciones y legislaciones.

En palabras de PÉREZ LUÑO, los Derechos Humanos pueden definirse «*como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*».

Los caracteres de los derechos humanos, tradicionalmente admitidos por la doctrina, son los siguientes: *universalidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad, limitabilidad.*

Entre las teorías que se han expuesto sobre su naturaleza y fundamentación tres son las más asumidas por la doctrina.

a) Fundamentación iusnaturalista: Entiende los derechos humanos como facultades naturales intrínsecas del hombre, con independencia del hecho de su positivación. Por tanto, según esta teoría existen derechos fundamentales de carácter universal y superiores al ordenamiento jurídico-positivo, dotados de plena juridicidad.

b) Fundamentación positivista-legalista: Hay quienes entienden que, antes de su incorporación a la normatividad positiva, los derechos humanos carecen de entidad jurídica, pues no hay verdaderos derechos si no están positivizados en la legislación estatal.

c) Fundamentación axiológica: Se trata de una fundamentación ética porque entiende que los derechos humanos son valores fundamentales de carácter natural, sin valor jurídico hasta que se incorporen a los ordenamientos positivos.

I. DE LOS PRIVILEGIOS A LOS DERECHOS HUMANOS

La historia de los derechos humanos es la larga historia de la lucha del hombre para conquistar su libertad. Y en esa secular lucha *diacrónica* de la humanidad existe una historia y una prehistoria, que yo prefiero llamar *protohistoria* o primera historia de los derechos humanos.

En la prehistoria de los derechos humanos inciden tres importantes legados culturales que aportan los elementos racionales de concienciación de la propia dignidad humana. Tales legados son: *el legado oriental; el legado greco-romano; el legado hebraico-cristiano.*

Es cierto que en la prehistoria o protohistoria de los derechos humanos éstos no han aparecido todavía con la configuración que tienen en la actualidad. Pero, en ningún caso la historia puede explicarse sin sus precedentes. Por ello, también nosotros, para comprender el significado actual de los derechos humanos, hemos de conocer tanto aquellos legados como los precedentes inmediatos de la Edad Media.

1º) Los privilegios: Durante la Edad Media los precedentes actuales de los derechos humanos estaban constituidos por *privilegios* o concesiones que hacían los monarcas a favor de habitantes de ciudades o villas concretas, o bien a favor de clases sociales, de determinados estamentos o grupos (nobles, campesinos, señores feudales...). Es decir, los privilegios se otorgaban a estamentos particulares o personas concretas, quedando excluidos de ellos el resto de la sociedad.

Los precedentes filosóficos, que sirven de presupuesto o fundamento al pensamiento humanista del Renacimiento, podemos encontrarlos en la filosofía de tradición cristiana. Respecto a los textos que confieren privilegios, suele hacerse referencia a textos ingleses, con demasiada frecuencia exclusivamente a textos ingleses. Es cierto que la llamada «*Carta Magna*» inglesa de Juan Sin Tierra (*Carta magna liberatorum*) tuvo una gran transcendencia. Pero hay que advertir que las declaraciones medievales no son patrimonio exclusivo de Inglaterra. Otros pueblos, entre ellos España, proporcionaron textos tan ricos e importantes como puedan ser los ingleses. Baste recordar entre los numerosos fueros españoles «*Los Decretos de la Curia de León*» (1188) u «*Ordenamiento de León*», anterior a la «*Carta magna inglesa*», y que, en la doctrina, ha adquirido la denominación de «*Carta Magna Leonesa*». Recordemos también «*El privilegio General de Aragón*» o «*Carta Magna de Aragón*» otorgado por Pedro III, en las Cortes de Zaragoza de 1283, cuyo texto constituye la base de las libertades aragonesas y establece un sistema de garantías jurídicas pactado por el Rey y todos los súbditos, que asegura el respeto, incluso del Rey, a todos los privilegios y libertades.

2º) *Los Derechos Humanos*. A partir de la Edad Moderna se produce un cambio radical en la génesis de los derechos humanos. Es el comienzo de la *auténtica historia* de estos derechos, historia que podemos escalonar en tres momentos o etapas:

a) *Primera etapa: la generalización de los derechos humanos.* Este paso supone que las concesiones reales dejan de ser privilegios para unos pocos y se generalizan a todo el cuerpo social. Es decir, en los documentos de los siglos XVI y XVII se habla ya de *los ingleses, los habitantes de este reino*, refiriéndose a «*todos*» los habitantes del reino.

A esta época pertenece el reconocimiento de los primeros derechos civiles en las declaraciones inglesas: *Petition of Rights* (1628); la del *Habeas Corpus* (1679); el *Bill of Rights* (1689). Y también el establecimiento de la *tolerancia religiosa* reflejada en el *Edicto de Nantes* (1598) que terminó con aquél absurdo principio establecido en la *Paz de Augsburgo: «cuius regio eius religio»*, que obligaba a los súbditos a profesar la misma religión que su monarca. En el mismo sentido se pronuncia el *Acta de Tolerancia* (1649) en el Estado Norteamericano de Maryland y la *Carta de Derechos* otorgada por Carlos II de Inglaterra en 1666 a la Colonia de Rhode Island.

Hemos de dejar absolutamente claro que, ni los privilegios estamentales, ni los derechos generales para todos los ciudadanos del reino, derechos de integridad física, de garantías procesales y de libertad religiosa, habrían sido posibles sin la fe en que el sueño y la utopía de la libertad podía transformarse en realidad y sin la consiguiente lucha, a veces cruenta, de los hombres frente al poder para conseguir sus propios derechos. Fueron hombres con fe, con esperanza, con metas aparentemente utópicas al principio, los que hicieron posible la realidad de unos privilegios primero, y de unos derechos generales para todos los habitantes del reino después.

Poco a poco el sueño del hombre por ver reconocidos sus derechos comenzaba a hacerse realidad, pero era necesario extender los derechos a todo el mundo hasta

conseguir la plena liberación, la plena humanización (real) del hombre y de la sociedad. Por esta razón se siguió luchando y comenzó el segundo gran momento del proceso histórico de los derechos humanos.

b) Segunda etapa: la universalización de los Derechos Humanos que coincide con la aparición de las primeras grandes declaraciones de derechos. En los documentos de ésta época el reconocimiento de los derechos y libertades se hace atribuyéndolos a «*todos los hombres*» y no sólo a los ciudadanos de una nación o a los habitantes de un sólo reino.

Este reconocimiento de los derechos humanos a todos los hombres inaugura la fase de *universalización*, cuyo origen y desarrollo tendrá lugar principalmente en las Colonias Norteamericanas y en Francia.

La *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, promulgada el 12 de junio de 1776, es un claro exponente de este universalismo del que venimos hablando, especialmente en su primer párrafo cuando afirma: «*Todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos ...*». Queremos resaltar la expresión «*todos los hombres*», los de todo el universo, son iguales y libres por naturaleza. Hay que advertir también que la expresión *todos los hombres* se refiere a todo el género humano (hombres y mujeres) sin ningún tipo de discriminación.

La misma inspiración universalista se halla también en *la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, en cuyo artículo primero se proclama que: «*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*», habiéndolos designado previamente como *derechos naturales, inalienables y sagrados*.

Durante este período se había conseguido incorporar a las citadas declaraciones *los derechos civiles: La vida, la libertad, la propiedad, la seguridad*. Y, logrado el reconocimiento de los derechos civiles, los hombres se afanaron por conquistar los *derechos políticos*, los que se refieren a la intervención y participación del ciudadano en la vida pública: *el derecho de sufragio, el derecho a participar en el gobierno, a la libertad de asociación, a la libre y pública expresión de las ideas.*

Y cuando los hombres vieron realizado el principio de la libertad individual y política, emprendieron la lucha por el reconocimiento del principio de igualdad, hasta entonces plasmado en algunos textos como mera expresión teórica y formal.

En la realidad del siglo XIX persistían aún muchas e irritantes desigualdades entre los poseedores de la riqueza y los proletarios que aportaban el trabajo. Por ello, especialmente en la segunda mitad del siglo XIX el proletariado fue adquiriendo conciencia de clase y planteó nuevas reivindicaciones. Conseguidos ya los derechos civiles y políticos del individuo, *había que lograr los derechos del hombre en cuanto miembro de una sociedad; es decir, los derechos económicos, sociales y culturales.*

En efecto, como afirma TRUYOL SERRA, *las primeras consecuencias de la revolución industrial bajo el signo de la libre concurrencia habían dado lugar a condiciones de trabajo durísimas y muchas veces inhumanas, que ponían de manifiesto la insufi-*

ciencia de los derechos individuales si la democracia política no se convertía, además, en democracia social. Es el momento de las reivindicaciones económicas y sociales: derecho al trabajo, a la seguridad social, al salario justo, al descanso, a la educación, etc. etc.

Poco a poco los derechos sociales y económicos van incorporándose a las declaraciones generales y a las constituciones nacionales del siglo XIX, a los que, ya en el siglo XX, se añadirían los derechos culturales.

De lo que venimos exponiendo se deduce que, a lo largo de los siglos se ha avanzado de forma sorprendente en el reconocimiento –digamos en la conquista– de los derechos humanos.

c) *Tercera etapa: la internacionalización de los derechos humanos.* Sin embargo el sólo reconocimiento de los derechos, plasmados en solemnes declaraciones, no basta si los derechos no son realmente efectivos en la práctica. ¿Quién garantiza, quién protege esos derechos humanos? En efecto, ni la generalización, ni la universalización de los derechos humanos resolvía el problema de la eficacia de los mismos, la seguridad de que sean respetados y garantizados. Por ello era necesario seguir trabajando, seguir el camino en busca de nuevas metas. Y ya bien entrado nuestro siglo, se produce un nuevo avance en ese largo proceso de la conquista de los derechos humanos. Es la tercera etapa, es el momento de la *internacionalización.*

Ante las gravísimas atrocidades ocurridas en la primera mitad de nuestro siglo con dos Guerras Mundiales, y especialmente al finalizar la segunda, surgió la necesidad de poner fin al rumbo de la historia, por el que se abocaba, sin duda, a la destrucción de la humanidad.

Surgió así la *Conferencia de San Francisco* y la creación de la *Organización de las Naciones Unidas.* En relación con el tema que nos ocupa se proclamó, el 10 de diciembre de 1948, *la Declaración Universal de los Derechos Humanos.* Con ella y con la aprobación de la *Convención europea de Derechos Humanos* el 4 de noviembre de 1950 y la promulgación del *Pacto de los Derechos Civiles y Políticos* y del *Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,* ambos de 1966, se inicia el período de la llamada *internacionalización de los Derechos Humanos.*

¿Qué supone la internacionalización? ¿Qué añade al proceso? Yo diría que *garantías.* Obsérvese que, en esta etapa, no se pretende una extensión de los derechos a todos los hombres (lo cual ya se había conseguido en el momento de la universalización). «*Su importancia* –dice FERNÁNDEZ GALIANO– *estriba en que, por primera vez, una declaración es expresión de la conciencia universal y formulada por un organismo que acoge a «todas las naciones». Lo que antes se reconocía desde el Estado y se protegía sólo desde dentro del Estado, se afirma ahora y se protege desde fuera del Estado, con el refuerzo que supone el consenso de la práctica totalidad de los países del mundo*».

Es cierto que la «*Declaración Universal de los Derechos Humanos*» y los documentos citados han supuesto un paso transcendental para toda la humanidad en el

reconocimiento de los mismos. Pero ¿se ha avanzado realmente a partir de la Declaración del 48 en la protección y garantías de los derechos humanos? ¿Cuál es el nivel actual de su protección? ¿Qué hay de utopía y qué de realidad en el plano de las garantías?. A estas cuestiones trataremos de dar respuesta en el tema 12 de esta misma obra.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

La pretensión de comprender y elaborar un concepto de derechos humanos y una definición de los mismos es una tarea titánica y considerablemente difícil, pues todos los problemas relacionados con los derechos humanos se nos presentan envueltos en un sin fin de espinosos interrogantes. ¿Qué son los derechos humanos? ¿Son simples valores o pertenecen al ámbito del derecho positivo? Se reconoce que los derechos humanos son una realidad de todo el género humano. Pero ¿qué queremos decir cuando afirmamos que son derechos que poseen todos los hombres? Para contestar estas preguntas tendremos que comprender cuál es la naturaleza de los derechos humanos. Se trata de saber qué son y dónde radica su última y definitiva esencialidad, en definitiva cual es el fundamento de los mismos. Intentaremos en este epígrafe acercarnos al concepto de derechos humanos para profundizar posteriormente en sus caracteres y su fundamento.

Resulta difícil comprender cómo respecto de una realidad, que produce un consenso tan amplio sobre su necesidad, existan tantas dificultades y discrepancias a la hora de caracterizar y definir los derechos humanos. Es obvio que no podemos aportar ahora definiciones desde todas las perspectivas posibles. Por ello, intentaremos aportar una propuesta de definición que creemos la más omnicomprensiva y que respeta mejor el carácter de universalidad de los derechos humanos, para que estos no queden secuestrados por la legalidad y reducidos tan sólo al ámbito de los Estados que los reconocen.

Damos por supuesto que existen «*valores*» extraordinariamente importantes, ligados a la condición misma del hombre, que hay «*tendencias*», «*necesidades básicas*» en el ser humano, imprescindibles para que éste pueda conseguir sus fines y adquirir su plena perfección individual y social. A tales «*valores*», «*tendencias*», «*necesidades*», «*aspiraciones*» «*principios*» o «*ideales*» se les llama «*Derechos Humanos*», «*Derechos Naturales*», «*Derechos Innatos*», «*Derechos Individuales*», «*Derechos del Ciudadano*», «*Derechos Fundamentales*», «*Derechos del Hombre*», «*Derechos de la Persona Humana*», «*Libertades Fundamentales*», «*Libertades Públicas*», «*Derechos Públicos Subjetivos*»..., expresiones, todas ellas, que contienen significados semánticos con matices diferentes, pero que, en el lenguaje coloquial y en el de la calle, suelen utilizarse indistintamente, como sinónimos, expresando todas ellas la misma realidad.: los llamados derechos humanos.

En efecto, toda persona, desde que lo es, posee unos derechos, los cuales deben ser reconocidos ineludiblemente por la sociedad y por las normas positivas que la rigen. Puesto que la persona es anterior al Estado, posee unas tendencias, necesidades y facultades naturales, es decir, originariamente necesarias, para conseguir el desarrollo integral de todas sus potencialidades. Todos los seres humanos tienen derecho a exigir que se respeten y garanticen dichas tendencias y necesidades, porque ellas constituyen el fundamento, a la vez natural e histórico, de la perfección y el progreso de la persona, tanto en su dimensión individual como social.

Tales tendencias o necesidades naturales proporcionan a todos los seres humanos unos derechos que les facultan para exigir de los demás el respeto y la no obstrucción, así como el reconocimiento por parte del Estado y las garantías suficientes que posibiliten la realización y consecución de los valores necesarios para su progreso y desarrollo integral como personas. Y tales derechos, propios de todos los hombres, son el fundamento del Estado y de todo ordenamiento jurídico positivo, en cuanto que ni el Estado ni el Derecho positivo pueden contravenirlos. Por ello cabe afirmar que tales derechos son los «*derechos humanos fundamentales*» los cuales, a la vez que el fundamento de todo derecho, constituyen una dotación jurídica mínima, indispensable y esencial, idéntica para todos los seres humanos.

Son numerosos los filósofos y tratadistas de los derechos humanos, españoles y extranjeros que defienden este planteamiento, caracterizándolos como *un orden superior, objetivo, que puede ofrecer un fundamento de carácter universal y al que, por consiguiente, puede apelarse en todo tiempo y lugar.*

Desde esta perspectiva, de acuerdo con FERNÁNDEZ GALIANO, los «*derechos humanos*» podrían definirse como *aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independencia de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana.* Consecuencia inmediata de lo anterior es que tales derechos son poseídos por todo hombre, cualquiera que sea su edad, condición, raza, sexo o religión, estando, por tanto, más allá y por encima de todo tipo de circunstancia discriminatoria. En consecuencia, estos derechos, por ser naturales y consustanciales a todos los seres humanos *constituyen una dotación jurídica básica idéntica para todos, puesto que todos participan por igual de la naturaleza humana, que es su fundamento ontológico.*

En palabras de PÉREZ LUÑO, los derechos humanos también pueden definirse «*como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*». Así entendidos, los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica. Integran aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo.

Se trata, sin embargo, de unos derechos a los que recíprocamente corresponden deberes; al menos el deber de respeto a idénticos derechos de los demás seres huma-

nos. Son por tanto derechos no absolutos –en el sentido más puro del término– ni ilimitados en su ejercicio, aunque tan sólo limitables al entrar en colisión con idéntico derecho (también fundamental y esencial) de otro hombre.

III. CARACTERES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para comprender con precisión cualquier realidad, es conveniente –yo diría que imprescindible– conocer los caracteres estructurales (esenciales) que le son inherentes; aquellas notas distintivas sin las cuales dicha realidad dejaría de ser tal; es decir, las cualidades que diferencian, delimitan y especifican unas y otras realidades. Sólo así podremos identificarlas y definirlas con claridad.

En el caso de los derechos humanos los caracteres tradicionalmente admitidos por la doctrina, son los siguientes: *universalidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad, limitabilidad.*

3.1.– Universalidad: Con el carácter de universalidad se quiere resaltar que todos los derechos calificables de «*humanos*» son poseídos por todos los seres humanos (hombres y mujeres) de todos los tiempos, de todas las etnias y de todas las latitudes, por la razón de que todos los seres humanos son iguales por naturaleza. No existen diferentes tipos de naturaleza humana a los que correspondan derechos también diversos. «Un ser es lo que es de manera total; no caben gradaciones a la hora de poseer una naturaleza». Por tanto, cuando decimos que los derechos humanos tienen carácter universal nos referimos a tres ámbitos diferentes: *En primer* lugar queremos significar, desde el punto de vista racional, que la universalidad es una característica por la que la titularidad de los derechos humanos se asigna a todos los seres humanos. *En segundo lugar*, si contemplamos los derechos desde el ámbito temporal la universalidad supone que son válidos en cualquier momento de la historia de la humanidad. Por esta razón algunos autores los han calificado como inmutables. Y, *en tercer lugar*, si los contemplamos desde el ámbito espacial, por universalidad entendemos la extensión de los derechos humanos a todos los seres humanos de todos los lugares geográficos y de todas las culturas, sin discriminación de ningún tipo. En efecto, *no debemos olvidar «nunca» que los derechos humanos son de «todos»*, sin excepción. Podríamos afirmar, en consecuencia, que *todos los seres humanos poseen una igualdad jurídica básica*, en cuanto que todos son poseedores de los *derechos naturales*, como fundamento de cualquier otro derecho sobrevenido.

Hay que advertir, no obstante, que una cosa es la «*posesión de un derecho*» (todos los hombres poseen, son titulares, de unos derechos naturales), y otra muy distinta la «*posibilidad de su ejercicio*», pues existen a veces circunstancias personales, o fuerzas externas, ajenas al propio individuo, unas veces de carácter físico-cósmico, otras

de carácter social o económico e incluso de carácter político, que imposibilitan el ejercicio de un derecho. Pero ello, no impide la titularidad de tal derecho.

La igualdad de naturaleza para todos los hombres no es una invención de los filósofos modernos, pues se trata de una atribución ya presente en los estoicos griegos con la afirmación de la «*physis Koiné*» (igualdad de naturaleza) de todos los hombres, por la que todos somos iguales y por tanto poseemos los mismos derechos. La idea de la igualdad de todos los hombres se predica también en el cristianismo; constituye el patrimonio básico común de todas las declaraciones modernas y contemporáneas de derechos humanos y está presente en la doctrina humanista contemporánea de la Iglesia Católica

Podríamos citar muchos textos que evidencian una común coincidencia en la atribución a tales derechos de la característica de la *universalidad*. Un texto de CARRILLO SALCEDO puede servirnos como muestra. «Desde mi punto de vista –dice este autor– *la universalidad* es un signo distintivo y constitutivo de los derechos humanos: Obviamente, no se trata de desconocer las diferencias, sino de descubrir el *genuino sentido de la universalidad*, y en este orden de cosa creo que los defensores del relativismo cultural confunden a los derechos humanos, en general, con los derechos fundamentales. En otras palabras, el problema no consiste tanto en preguntarse en abstracto acerca de la universalidad de los derechos humanos, sino, por el contrario, en responder a la siguiente cuestión *¿qué derechos humanos son fundamentales y por ello universales?*».

3.2.– Los derechos humanos como derechos inalienables. La enajenación es un acto jurídico en virtud del cual una persona transmite a otra el dominio de algo que le pertenece, bien sea una cosa o un derecho. Lo que significa que, *al ser inalienables, los derechos humanos no pueden ser transferidos a otro titular, no pueden ser enajenados*. Su titular no puede ejercitar sobre ellos ningún acto de disposición que pueda impedir en el futuro el ejercicio de un derecho. Por tanto a los titulares de estos derechos no les está permitido privarse de ellos ni siquiera por su propia voluntad. Esta afirmación es lógica si pensamos que los derechos humanos son inherentes a la persona y acompañan a todo ser humano dotándolo de una especial dignidad, pues la dignidad humana se identifica con (y es inseparable de) la condición de la persona. KANT utilizaba los términos «*dignidad*» y «*personalidad*» como sinónimos.

Los derechos humanos son inalienables porque están ineludiblemente, necesariamente, consustancialmente, unidos a la existencia de cada ser humano. Ellos constituyen el fundamento mismo de la dignidad de todo ser humano, lo cual supone que no tenemos libertad para aceptar o no la posesión (titularidad) de determinados derechos fundamentales. Los individuos son titulares de los derechos básicos al margen y a pesar de su consentimiento, al margen de su propia voluntad. Porque los derechos humanos son bienes de la persona que ella misma está obligada a respetar además de estar facultada a exigir el respeto de los demás.

En este sentido la inalienabilidad lleva incorporada, además de la imposibilidad de transferencia o disposición del propio derecho, la obligatoriedad de respeto al propio derecho. En efecto, todos estamos facultados para exigir del Estado y de los demás el respeto a nuestros derechos humanos básicos. Pero al mismo tiempo estamos obligados a respetarnos a nosotros mismos y a trabajar por la realización de tales derechos que nos permita alcanzar la máxima dignidad como personas.

He aquí una diferencia importante con el resto de los derechos subjetivos en los que la regla general es la alienabilidad, si bien se dan ciertas excepciones a la misma, como por ejemplo, en los bienes de dominio público.

3.3.– Los derechos humanos como derechos irrenunciables e imprescriptibles

1º) Los derechos humanos son irrenunciables. La *irrenunciabilidad* significa que, quien posee estos derechos no puede desprenderse de ellos, ni siquiera por propia voluntad, no puede renunciar a su titularidad sin renunciar al mismo tiempo a su propia condición de persona. Ello sucede porque son derechos inherentes a la propia naturaleza humana. Siendo los derechos fundamentales emanación o derivación de la propia naturaleza humana, tales derechos han de acompañar siempre a su titular, sin que nadie pueda quitárselos y, ni siquiera él mismo pueda desprenderse de ellos.

Hay que advertir, no obstante, que la *irrenunciabilidad* se refiere a la posesión o titularidad del derecho. El titular no puede renunciar a su derecho pero puede no ejercitarlo, puede renunciar a su ejercicio en atención a un fin moral prevalente, o trascendente, o para cumplir un deber superior, o por un acto heroico en favor de alguna persona o de toda la sociedad.

En este sentido, una vez más, existe una clara diferencia entre los derechos humanos fundamentales y otros derechos subjetivos nacidos de las normas jurídico-positivas, los cuales son renunciables en mayor o menor grado y en las condiciones que establezcan las normas jurídicas.

2º) Los derechos humanos son imprescriptibles. Si por *prescripción* entendemos la pérdida de los derechos por haber dejado transcurrir determinado tiempo sin ejercitarlos o demandarlos diríamos que la *imprescriptibilidad* significa que *a los derechos humanos no les afecta la prescripción jurídica*, es decir, *son derechos que no se adquieren ni desaparecen o se pierden por el transcurso del tiempo.* Aunque alguien no los ejercite nunca, no por ello pierde la titularidad y la posibilidad de ejercitarlos en el momento que lo desee. Ni siquiera por el desuso o no ejercicio de los mismos.

Hay que tener en cuenta que también esto constituye una diferencia importante con los derechos subjetivos en general (los derechos no fundamentales) los cuales sí son prescriptibles.

3.4.– El carácter limitado de los derechos humanos

¿Tienen los derechos humanos el carácter de absolutos? No debe extrañarnos la formulación interrogativa que planteamos, por cuanto el problema ha suscitado un largo debate en la doctrina y cuya solución no resulta fácil. Veamos:

Por absoluto entendemos ilimitado. El problema planteado es el siguiente: ¿Puede existir algún tipo de derecho que, por ninguna razón y bajo ningún concepto deba ser limitado? Si esto fuera posible diríamos que tales derechos han de calificarse como absolutos. Pero en la actualidad se entiende que los derechos humanos son limitados. Refiriéndonos a los derechos humanos fundamentales parece que resultaría contradictorio concebirlos como limitados, puesto que afectan a las dimensiones más básicas de la persona, y, por ello, deberían ser considerados como absolutos (ilimitados), pues al tener su raíz y fundamento en la misma naturaleza humana, el Estado no puede desconocerlos, desoirlos o limitarlos. Esta fue la postura del pensamiento filosófico racionalista del siglo XVIII, concepción doctrinal que se plasmará en los textos de la época. Según la tesis racionalista, cualquier restricción de los Derechos Humanos resultaba «*contra natura*».

En este sentido la «Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia» de 1776, en su punto XII, afirma que «*la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás a no ser por gobiernos despóticos*». En el artículo 4 de la «Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano» de 1789, se proclama también que «*la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley*».

Como puede verse, en estas primeras declaraciones liberales de derechos del siglo XVIII, late la idea de que, en general, los derechos humanos pueden considerarse como absolutos, con la única limitación, en su ejercicio –y siempre establecida por ley– del respeto a los derechos de los demás. Es decir, lo excepcional sería la limitabilidad de tales derechos. Dicho en palabras de FERNÁNDEZ-GALIANO «los Derechos Humanos Fundamentales, en la medida en que no les alcancen las limitaciones legales, son absolutos en su ejercicio; se considera, por tanto, que lo normal es ejercitar tales derechos de manera ilimitada, siendo, en cambio, lo excepcional, las limitaciones que las leyes puedan establecer al ejercicio de tales derechos».

Como hemos indicado anteriormente, esta concepción es el fruto del talante individualista de una época dominada por el racionalismo y el liberalismo, con un precedente remoto en aquel aforismo que acuñó el Derecho Romano: «*qui suo iure utitur neminem laedit*», según el cual, el ejercicio de cualquier derecho fundamental no reconoce límite alguno, ni siquiera el de la posible lesión de los derechos de los demás.

No obstante, hemos de tener en cuenta que *los derechos fundamentales del hombre, «si bien son naturales, son a la vez históricos»*. En cuanto a su aplicación y concreción están sujetos a los procesos de la historia lo que los hace limitables, porque dentro de cada sociedad y de cada sistema jurídico, están condicionados por las exigencias del bien general y la coexistencia con otros derechos. Y si los derechos humanos fundamentales son limitables, en algún caso y por alguna razón, *no son absolutos*.

Suelen señalarse como límites de los derechos humanos: a) El respeto a los derechos de los demás; b) el respeto a la moral; c) el orden público y d) el bien común.

IV. LAS FUNDAMENTACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los planteamientos y soluciones a este problema son muy variados, pues, mientras para algunos los derechos humanos son simplemente derechos subjetivos, para otros son derechos públicos subjetivos, emanados directamente de las normas positivas y sólo adquieren valor jurídico cuando los reconoce el ordenamiento jurídico de un Estado. Algunos consideran los derechos humanos como meros valores, otros como principios generales del derecho, mientras para muchos son facultades o poderes nacidos de las normas objetivas previas y superiores (derechos naturales) a los ordenamientos estatales.

No es fácil ponerse de acuerdo ni en el significado ni en el contenido de la expresión «*Derechos Humanos*», pues muchos autores construyen una teoría de los derechos humanos con fines y desde posiciones predeterminadas, de carácter político, económico, ideológico o religioso. De este modo las discusiones se vuelven estériles. Por ello debemos exponer con objetividad los posicionamientos básicos que han aparecido hasta hoy en el horizonte de los debates y controversias acerca de la fundamentación de los derechos humanos, dejando que cada cual saque sus propias conclusiones. Los planteamientos más frecuentes son, en mi opinión, tres: la concepción iusnaturalista, la concepción legalista-positivista y la concepción ética.

1. Fundamentación Iusnaturalista

Concepción iusnaturalista: la naturaleza prepositiva de los derechos humanos: En la historia de la filosofía del derecho ha existido un amplio predominio de las teorías jurídicas iusnaturalistas, especialmente del iusnaturalismo entendido en sentido ontológico, que permite explicar la proliferación de las doctrinas esencialistas o trascendentes de la naturaleza de los derechos humanos.

La concepción iusnaturalista es mantenida por quienes defienden la plena validez jurídica de los derechos humanos como facultades intrínsecas del hombre, con independencia del hecho de su positivación. Por tanto, según esta teoría existen derechos fundamentales de carácter universal y superiores al ordenamiento jurídico-positivo, dotados de plena juridicidad, los cuales tienen validez por sí mismos, con independencia de que estén o no recogidos en las normas jurídicas estatales. Estos derechos están dotados de una pretensión de vigencia positiva y deben ser positivizados por los ordenamientos estatales, si éstos no quieren incurrir en ilegitimidad y en la des-

calificación de lo que en la actualidad se considera auténtico Estado Democrático de Derecho.

Uno de los teóricos del derecho españoles que mejor representa la postura iusnaturalista, desde una posición objetivista, acerca de la naturaleza jurídica de los derechos humanos es FERNANDEZ-GALIANO, para quien todo derecho, y también, los derechos humanos, han de fundarse en una norma. En consecuencia, la normatividad de los derechos humanos o es el ordenamiento jurídico positivo o es otro ordenamiento distinto del procedente del legislador. Optar por lo primero presenta muchos inconvenientes, pues no parece razonable que el que el hombre ostente o no los llamados derechos humanos fundamentales, que afectan a los aspectos más íntimos y entrañables de la persona, dependa tan solo de la vigencia de las normas que quieran otorgarlos. Habrá, pues, que atender a la segunda posibilidad, que presupone la aceptación de ese ordenamiento distinto del positivo.

Pero no es la única manifestación iusnaturalista. Otros muchos autores, en mayor o menor medida, con idénticos o parecidos perfiles, mantienen planteamientos también iusnaturalistas, bien profesen un iusnaturalismo ontológico o simplemente metodológico. Entre ellos podemos citar a PÉREZ LUÑO, OLLERO, DE CASTRO CID, etc.

2. Fundamentación Positivista

Concepción legalista: la naturaleza jurídico-positiva de los derechos humanos: Hay quienes entienden que, antes de su incorporación a la normatividad positiva, los derechos humanos carecen de entidad jurídica, pues no hay verdaderos derechos si no están positivizados en la legislación estatal. Por consiguiente, si un derecho humano no se halla reconocido y amparado por una norma positiva no es derecho, sino un valor, cuya realización resultará siempre deseable, pero que, desde luego, no está en el mundo jurídico, por lo que no es exigible jurídicamente.

Esta concepción legalista presenta también serios inconvenientes, pues si los derechos humanos no son derechos propiamente dichos en aquellos Estados cuyas legislaciones no los reconocen, cabe deducir que sus súbditos carecen de la posibilidad de reclamar su reconocimiento y protección, quedando radicalmente desprotegidos frente a la arbitrariedad estatal. Por tanto, la tan proclamada y ansiada universalidad e igualdad de los derechos humanos, proclamados por todas las declaraciones modernas y contemporáneas para todos los hombres, sería radicalmente falsa. Habríamos perdido muchos siglos de historia si sólo se reconocen los derechos en tanto que legales, contraviniendo todas las declaraciones y pactos internacionales en los que se declara que todos los seres humanos son poseedores de unos derechos naturales y que han constituido una conquista histórica y la liberación de los seres humanos.

3. Fundamentación Axiológica

Concepción ética: la naturaleza moral de los derechos humanos: Algunos autores conciben los derechos humanos como «*derechos morales*». Tratan de conciliar la contradicción existente entre las concepciones iusnaturalistas y las legalistas-positivistas. Aunque éste pueda parecer un planteamiento próximo al iusnaturalismo, no se identifica con él, pues la teoría de los derechos morales no considera que los derechos humanos pertenezcan a un orden jurídico superior, sino que los entiende como derechos prevalentes no positivos que deben ser incorporados a los ordenamientos jurídicos de los Estados, aunque existen muchos matices a la hora de explicar en qué consiste realmente eso de «*derechos prevalentes no positivos*». En todo caso, se trata de una fundamenación ética porque en ella se entiende que toda norma jurídica presupone una serie de valores, lo cual, para quienes profesan este planteamiento, es aún más evidente cuando se trata de Derechos Humanos Fundamentales, que son sin duda valores previos que están llamados a inspirar la normatividad positiva.

Es evidente que la concepción de los «*derechos morales*» no resuelve el problema del concepto y la naturaleza de los derechos humanos; en todo caso, lo único que pone de manifiesto es la fundamentación ética de los mismos. Coincido, pues, con R. SORIANO en la opinión de que esta concepción sólo proporciona confusión, ya que, al unir los términos «*derecho*» y «*moral*» en la expresión «*derechos morales*», se rompe con la tradición doctrinal de la separación de ambos órdenes del comportamiento humano, el derecho y la moral, cuya naturaleza y caracteres son radicalmente diferentes. Hablar de derechos, es decir, de juridicidad dentro del orden moral, es cuando menos confuso, por no decir incongruente, porque, o son derechos que obligan, o son valores morales; y los valores no obligan jurídicamente.

Referencias bibliográficas

Si desea ampliar, profundizar o contrastar las explicaciones de este tema puede encontrar ayuda en:

ARA PINILLA, I., *Las Transformaciones de los Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

DE CASTRO CID, B. (Coord.), *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*, Ed. UNIVERSITAS, Madrid 2003.

DE LUCAS, J. *Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los Derechos Humanos*, en *Derechos Humanos* de Jesús BALLESTEROS y OTROS, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ, E, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1984, pp. 83-126.

FERNÁNDEZ-GALIANO A. y DE CASTO CID, B., *Lecciones de Teoría del derecho y Derecho Natural*, Ed. UNIVERSITAS, Madrid, 1999.

MARCOS DEL CANO, A. M.ª, (Coord.), *Derechos Humanos y Trabajo social*, Ed, UNIVERSITAS, Madrid, 2014.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos Fundamentales*, Ed, Latina, 3ª edic., Madrid, 1980.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 10ª edic. Madrid, 2010.

SORIANO R. *Valores Jurídicos y Derechos Fundamentales*, Editorial Mad, S. L., Sevilla 1999.

Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Qué sentido tiene hablar de privilegios?
2. ¿En qué momento y cómo se produce la generalización de los derechos humanos?
3. ¿Cuándo, cómo y en que documentos se produce el tránsito de la generalización a la universalización de los derechos humanos?
4. En qué consiste y que aporta la internacionalización de los derechos humanos.
5. Por que decimos que los derechos humanos son universales
6. ¿Por qué los derechos humanos son inalienables?
7. ¿Son absolutos los derechos humanos? Razona la respuesta.
8. Explica la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos.
9. Razona la fundamentación positivista-legalista de los derechos humanos.
10. ¿Tiene sentido hablar de derechos morales? Razone la respuesta.

TEMA 12.
Derechos Humanos y Derechos Fundamentales

Narciso Martínez Morán

Sumario

I. *Las generaciones de los Derechos Humanos.* 1. Derechos de primera generación: Los derechos de la libertad. 2. Derechos de segunda generación: Los derechos de igualdad (económicos, sociales y culturales). 3. Derechos de tercera generación. Los derechos de la solidaridad. II. *La recepción de los Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos: los Derechos Fundamentales y el Estado de Derecho.* 1. «Derechos Humanos» y «Derechos Fundamentales». 2. La recepción de los Derechos Humanos en los Ordenamientos Jurídicos. 3. Los Derechos Fundamentales y el Estado de Derecho. III. *Ejercicio y Protección de los Derechos Humanos.* 1. Garantías nacionales. 2. Garantías internacionales.

Objetivos

Los derechos humanos no aparecen de repente. Van generándose lentamente y en sucesivas etapas. El objetivo de este tema es analizar el proceso de gestación y qué derechos se consolidan en las diferentes generaciones de los mismos, así como su recepción y conexión con cada una de las formas históricas del Estado de Derecho. Al mismo tiempo intentaremos exponer brevemente cómo pueden garantizarse los derechos y los mecanismos existentes para exigir su protección.

Resumen

Aunque los derechos humanos son consustanciales al hombre, los seres humanos han tomado conciencia de ello lentamente. Es a partir del racionalismo ilustrado cuando se reconocen en sucesivas etapas y con diferentes contenidos y significaciones. Así los dere-

chos de primera generación son aquellos que se encaminan a garantizar el valor de la libertad. Se incorporan a las declaraciones de derechos humanos del siglo XVIII y sus garantías se asocian al llamado Estado Liberal de Derecho durante el siglo XIX.

Ya en el siglo XX aparecen los llamados derechos de segunda generación. Son los derechos económicos, sociales y culturales, cuyas garantías se asocian con el Estado Social de Derecho y su pretensión es garantizar el valor de la igualdad.

En las últimas décadas del siglo XX y los años transcurridos del Siglo XXI han ido apareciendo agresiones a los derechos humanos impensables en otros tiempos, las cuales han impulsado la aparición de nuevas formulaciones de derechos humanos. Son derechos heterogéneos, fruto de las nuevas necesidades humanas de protección, a los que se denomina derechos de tercera generación y tienden a proteger el valor de la solidaridad.

Pero de nada hubiera servido el reconocimiento de los derechos humanos si nos hubiéramos limitado al mero reconocimiento de su existencia. Por ello surgió la necesidad de incorporarlos a las constituciones y a las legislaciones tanto nacionales como internacionales. Hoy los derechos humanos forman parte de las legislaciones de todos los Estados Democráticos y están garantizados por los tribunales de los mismos. Además se han creado Organismos internacionales cuya misión es precisamente la de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos humanos de todos los ciudadanos del mundo. A pesar de todo falta un largo camino sin recorrer. Aún estamos muy lejos de ver garantizados siempre todos los derechos humanos.

I. LAS GENERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Tal como expusimos en el tema anterior los derechos humanos surgen a partir de que las concesiones reales dejan de ser privilegios para unos pocos y se generalizan a todo el cuerpo social, lo que sucedió a partir de los siglos XVI, XVII y XVIII. Desde ese momento, los derechos humanos han ido reconociéndose y han sido proclamados a través de un lento proceso histórico en el cual pueden distinguirse, tres grandes fases, que suelen denominarse «*las tres generaciones de los derechos humanos*», conforme a la propuesta formulada inicialmente por K. VASAK en 1979.

1. Derechos de primera generación: Los derechos de la libertad

1.1. *Aproximación al concepto de derechos de libertad:* Para catalogar los derechos humanos debemos tomar como base y fundamento los bienes por ellos protegidos y el modo de participación de los sujetos en el orden jurídico. Desde esta perspectiva los derechos de libertad pueden establecerse en dos grandes grupos: por una parte los «*derechos civiles*, llamados también derechos «*privados*» o «*individuales*», que intentan proteger la esfera más íntima y personal del hombre en cuanto individuo, y, por otra, los «*derechos políticos*», que son derechos naturales de carácter

«público», que protegen los derechos del hombre en cuanto ser social, miembro de una comunidad política y partícipe en la construcción y destino de la misma. Quizá pueda entenderse mejor si afirmamos que los *« derechos civiles»* son los *«derechos individuales del hombre en cuanto persona»*, mientras que los *«derechos políticos»* son los *«derechos personales del hombre en cuanto ciudadano»*. De este modo ambos grupos se caracterizan por su individualidad y se diferencian por el modo y el ámbito de proyección de la propia personalidad individual.

En mi opinión, bajo la denominación *«derechos de libertad»*, deben incluirse todos los derechos que afectan a la persona como individuo y que se manifiestan como expresión y exigencia de su libertad personal, bien sea como hombre, bien sea como ciudadano. Por ello, entendemos que, tanto los *«derechos civiles»* como los *«derechos políticos»*, al menos para facilitar su estudio, deben ser considerados como dos subgrupos de los *«derechos de libertad»*, y, por tanto, han de ser incluidos en la primera generación de derechos humanos que surgen precisamente en el estado liberal de derecho.

1.2. Rasgos o caracteres diferenciales de los derechos de libertad: Para identificar y delimitar adecuadamente los derechos de libertad es imprescindible conocer los rasgos y caracteres que nos permitan responder al siguiente interrogante: *¿qué y cuáles son los derechos de libertad?* Veamos.

Primero: Los *«derechos de libertad» se caracterizan por ser los primeros que aparecen en la historia*, dirigidos a cubrir las necesidades y aspiraciones básicas del ser humano. Como afirma FERNÁNDEZ GALIANO, resulta lógica la prioridad en la proclamación y positivación de los mismos, ya que, lo primero que el hombre siente es la necesidad de garantizar la esfera en la que se mueve su personalidad más esencial: la propia existencia, el ámbito de la conciencia, su patrimonio y su habitación.

Segundo: Afectan al ámbito individual. Cabe resaltar, como segunda característica, que con la expresión *«derechos de libertad»* estamos refiriéndonos a aquellos que afectan a los aspectos más íntimos del ser humano en cuanto persona individual, es decir, todos aquellos que protegen la vida, la seguridad y la libertad personal, así como los que se refieren a la dignidad y la intimidad del individuo. Son, pues, derechos personales o individuales frente a la perspectiva de colectividad que presentan los derechos económicos, sociales y culturales.

Tercero: Afectan a todos los hombres, es decir, son *«universales»*. Los *«derechos de libertad»*, considerados como los derechos clásicos del ser hombre y del ciudadano, son *derechos de todos los seres humanos*, aunque su ejercicio se lleve a cabo en el ámbito individual de las personas.

Cuarto: Si atendemos al contenido, hemos de decir que los derechos que nos ocupan se centran en la *protección y garantía de la libertad* en todas las dimensiones y ámbitos de la vida humana y se caracterizan por otorgar a los individuos un ámbito de libertad, un señorío o autonomía de la voluntad que no puede ser perturbada ni por el poder público, ni por otros grupos, ni por los particulares.

Quinto: El sujeto titular. El titular de los derechos civiles y políticos es el hombre-individuo en su razón de ser abstracta, universal e inmutable. El titular del deber correlativo al derecho es indeterminado pues se ejercen «erga *omnes*», frente a todos, porque potencialmente cualquiera es presunto infractor del deber jurídico de respeto.

Por consiguiente, apoyándonos en todos los caracteres expuestos, podemos afirmar que son *«derechos de libertad» todos aquellos que otorgan a sus titulares un ámbito de libertad o autonomía para exigir a los obligados, bien una conducta de abstención y de no impedimento, bien una actuación positiva o una prestación concreta.*

Pero ¿cuáles son los *«derechos de libertad»?*

1º) Los derechos civiles: En general consisten en el *deber de abstención,* pues el ejercicio de estos derechos impone un deber correlativo de carácter negativo que supone un *«no actuar»*, es decir, *«abstenerse de realizar conductas que impidan o perturben el libre ejercicio del derecho»*. Sin embargo en alguno de los «derechos civiles» el contenido se manifiesta en la exigencia de *un deber de prestación o actuación positiva,* como es el caso del derecho a la jurisdicción, a las garantías procesales o a la igual protección ante la ley. Los derechos civiles pueden ser:

a) Derechos de autonomía: Aquellos derechos de libertad cuyo contenido esencial consiste en la abstención por parte de los individuos, los grupos o el Estado de injerencia en la autonomía de las personas, es decir, la abstención de conductas atentatorias contra la libertad personal. Se trata de un conjunto de derechos orientados fundamentalmente a garantizar la conservación de la vida de los individuos en su plenitud. Pero, a su vez, estos derechos se manifiestan en una doble vertiente: unos actúan primordialmente en el ámbito puramente biológico, otros se centran en el plano moral, por lo que podemos diferenciarlos para su estudio, estableciendo dos subgrupos:

Primero: Derechos referidos a la integridad física: Entre los derechos de libertad referidos a la integridad física, cabe destacar el *derecho a la vida y a la integridad física.* Una de las tendencias más consustancialmente humanas es la tendencia de todo ser humano a la conservación del propio ser. Tal vez porque la vida es el bien más preciado y básico para el hombre ha sido constantemente objeto de graves agresiones, no sólo por parte de particulares sino también por parte de las fuerzas sociales y del Estado mismo.

Segundo: Derechos de integridad moral: En torno al derecho a la vida giran otra serie de derechos cuya misión es garantizar, no ya la vida puramente biológica del individuo, sino una *«vida auténticamente digna como vida humana»*. Hay que recordar que la vida humana no significa el simple hecho de vivir biológicamente, sino que existen otras necesidades, dimensiones y manifestaciones del ser humano que, en su conjunto, constituyen la personalidad integral del hombre, por lo que el *«derecho a la vida»* no se agota en la mera conservación de ésta. Más aún, no se considera plenamente realizado hasta que, junto a las garantías referidas a la integridad física, no se encuentre garantizada plenamente la defensa de la *«dignidad o integridad moral»*.

Sin ánimo de agotar exhaustivamente su enumeración podemos incluir dentro de este apartado los siguientes: *Derecho al nombre; a la integridad moral aún en el caso de haber sido condenado por delito; a la rectificación; al respeto; a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio; a la inviolabilidad de la correspondencia; a la libertad de pensamiento; a la libertad de conciencia; a la objeción de conciencia; al honor y a la fama y a la libertad de expresión.*

b) Derechos individuales de crédito» o «derechos prestacionales»: Pero no todos los derechos civiles consisten, en la exigencia negativa de abstenerse de realizar determinadas conductas o en la prohibición de injerencias en el recinto íntimo de la libertad de los individuos, pues dentro del ámbito de los *«Derechos Civiles»* se encuentra un subgrupo de derechos *cuyo contenido se manifiesta en la exigencia de un deber de actuación positiva,* lo cual hace que el titular del derecho pueda exigir del estado, de los grupos sociales o de los individuos determinadas prestaciones o créditos en el ámbito jurídico.

2º) *Los Derechos Políticos o de Participación.* Aunque poseen características comunes con los derechos civiles, presentan algunas connotaciones diferenciales. Lo primero que hemos de reseñar es que estamos refiriéndonos a un grupo de derechos cuya función es también posibilitar el desarrollo personal del hombre pero, en este caso, no ya como ser individual sino *como ciudadano,* es decir, miembro de una colectividad política.

Los derechos políticos obligan al Estado a una actuación positiva que facilite y garantice la participación política de todos los ciudadanos y, al mismo tiempo, hacen del individuo un agente activo en el ejercicio del poder. Por ello los «derechos *políticos»* implican, como sucede en los derechos civiles prestacionales, una obligación que consiste siempre en una actuación positiva.

Estos derechos son los que permiten al ciudadano participar en la formación de la voluntad del Estado como miembro de la comunidad política. Por esta razón, se designan también con el epígrafe *«derechos de participación política.* Tienen como objeto o como contenido esencial *el desarrollo y la tutela del principio de la soberanía popular.*

Manifestaciones destacables de los «derechos políticos»: Pueden incluirse entre los «derechos políticos» el *derecho de participación política o derecho a intervenir en el gobierno del país; al sufragio (el derecho a votar y ser votado); a participar en la elaboración de las leyes; a la verificación y control de los impuestos; el derecho de defender el país; a entrar y salir del estado al que se pertenece; derecho de petición, derecho a la transparencia y acceso a la información pública etc.*

Estos derechos, que engendran el ejercicio de la democracia, están reconocidos ya en las primeras declaraciones de derechos, presentes en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y garantizados ya, no solo por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, sino por la mayoría de las Constituciones.

2. Derechos de segunda generación: Los derechos de igualdad (económicos, sociales y culturales)

Desde mediados del siglo XIX y principios del XX el proletariado fue adquiriendo conciencia de clase y planteó nuevas reivindicaciones, logrando el reconocimiento de los derechos del hombre en cuanto miembro de una sociedad (los llamados *derechos económicos, sociales y culturales*). Como consecuencia de las revoluciones sociales generadas por las múltiples e irritantes desigualdades entre los poseedores de la riqueza y los proletarios que aportaban el trabajo, se pasa del reconocimiento de las libertades individuales a priorizar la consecución de derechos sociales, cuyo desarrollo tiene lugar en la etapa en que el Estado Liberal fue sustituido por el Estado Social de Derecho. Los nuevos derechos son conocidos como los «*derechos de segunda generación*».

Este tipo de exigencias fue abriendo el camino a una nueva mentalidad según la cual se hacía necesario que el Estado no se limitara a respetar la libertad, manteniéndose al margen de la actividad social, sino que debía intervenir realizando prestaciones sociales y servicios públicos que contribuyeran a plasmar la justicia social. Por esta razón se dice que la segunda generación constituye un conjunto de exigencias de la igualdad.

Si nos referimos a los *derechos sociales* en sentido estricto diríamos que son aquellos que manifiestan una dimensión prioritariamente asistencial. En ellos se trata de garantizar la asistencia en aquellos aspectos de la vida en que el individuo se muestra especialmente débil y que son considerados imprescindibles para el desarrollo personal de una vida digna en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos. Tienen un marcado *carácter prestacional* porque exigen para su realización efectiva la intervención de los poderes del Estado, a través de prestaciones y servicios públicos, y pretenden plasmar el valor *igualdad*. Mediante la intervención de los poderes públicos tratan de corregir las desigualdades existentes en la sociedad: Pretenden garantizar el derecho a la alimentación, la vivienda digna, las prestaciones sanitarias, las prestaciones por desempleo, por enfermedad, por viudedad, jubilación, discapacidad, dependencia, etc.

Los *derechos económicos* son aquellos que están vinculados a las relaciones económicas, referidas al ámbito de la producción y su pretensión es la consecución de una igualdad material, más justa y equilibrada en las relaciones de trabajo de los asalariados. El Estado tiene que crear las condiciones sociales y legales necesarias para que la efectividad de estos derechos sea posible. Entre ellos: derecho al trabajo, derecho a un salario justo, a igual salario por trabajo igual, a vacaciones retribuidas, a participar en los beneficios de la producción etc.

A los derechos sociales y económicos se añadieron tardíamente los *derechos culturales*. Ellos forman parte del grupo de derechos de segunda generación y constituyen el medio para garantizar a todos los ciudadanos el acceso en igualdad a la educación y la cultura. Entre ellos: el derecho a la educación, a la gratuidad de la ense-

ñanza elemental, a participar libremente en la vida cultural, a la conservación y desarrollo de la propia cultura.

3. Derechos de tercera generación. Los derechos de la solidaridad

En los últimos años del siglo XX y en los años transcurridos del presente siglo se ha producido de manera vertiginosa una serie de cambios y transformaciones económicas, sociales, culturales y tecnológicas trascendentales para la vida de los seres humanos. Tales cambios tienen una incidencia innegable en la dotación de derechos fundamentales y hacen que las circunstancias en que tuvo lugar el alumbramiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos hayan cambiado sustancialmente. Ello ha supuesto que muchos e importantes teóricos y estudiosos de la teoría de los derechos humanos hayan denunciado un grave anacronismo en el enunciado de los derechos humanos de la Declaración Universal, resaltando importantes lagunas de algunos derechos fundamentales que hoy necesitan de una protección que era ciertamente impensable e imprevisible en 1948.

Por la misma razón, desde todos los ámbitos (político, jurídico, ético, social, cultural y religioso) de las relaciones humanas, se han levantado voces autorizadas que vienen reclamando el reconocimiento de nuevos derechos humanos, capaces de proteger determinados bienes y valores que en los tiempos actuales han calado de manera extraordinaria, adquiriendo una importancia vital a nivel planetario. Se produce así una nueva generación de derechos gestada precisamente en la etapa de vigencia del llamado «Estado Constitucional». Se trata, sin duda de lo que para muchos viene denominándose «*Derechos de tercera generación*», o mejor «*La tercera generación de Derechos Humanos*».

3.1. *Las razones que avalan el reconocimiento formal de nuevos derechos*

La necesidad del reconocimiento de una nueva generación de derechos surge de la concurrencia de un amplio número de circunstancias coyunturales vinculadas a los avances científicos y tecnológicos y a las nuevas transformaciones históricas del modo de vida de los individuos y de los pueblos. Entre esas circunstancias, destacan las siguientes: el desarrollo e incidencia de las nuevas tecnologías; la transformación del modelo clásico de Estado; la crisis del Estado del Bienestar con la consiguiente crisis de los derechos sociales; el fracaso de las garantías de los derechos de segunda generación; la explosión del movimiento descolonizador y la persistencia de algunas desigualdades tradicionales.Ante las nuevas circunstancias se hace necesario avanzar por el camino del reconocimiento de nuevos derechos que sean capaces de satisfacer las nuevas necesidades y aspiraciones vitales de los ciudadanos.

3.2. *¿Cuáles serían los derechos humanos de la tercera generación?*

Con la expresión *derechos humanos de tercera generación* nos referimos a una serie heterogénea de derechos, algunos de los cuales han sido invocados con ocasión de las guerras de emancipación de los pueblos colonizados por Europa y América. Otros plantean reivindicaciones de protección y garantía frente a los riesgos que surgen de la aplicación de las nuevas tecnologías al transporte, a la industria armamentista, a las comunicaciones, a la medicina, a la reproducción, etc.. Y hay otros que responden a reivindicaciones referidas a viejas necesidades que todavía permanecen y que son ahora objeto de nuevos planteamientos. Así pues, los derechos de tercera generación pueden ser agrupados en los siguientes bloques:

Primero: Los derechos de los pueblos. Entre ellos el derecho de autodeterminación, el derecho al control de sus recursos naturales, el derecho de disfrute de su patrimonio histórico y cultural, el derecho al desarrollo económico, social y cultural, el derecho a la paz y el derecho a un medio ambiente saludable.

Segundo: Los derechos derivados de las nuevas tecnologías. Así, en el ámbito de la comunicación cabría señalar el derecho de la libertad informática, el derecho de propiedad intelectual y los derechos relativos a la intimidad y al honor amenazados ahora por la invasión de las nuevas tecnologías y las redes sociales. A su vez, *en el ámbito de las investigaciones biomédicas* podrían ser incluidos el derecho a la identidad personal, el derecho a la conservación del patrimonio genético, el derecho a la individualización o diferenciación y el derecho a la privacidad del propio historial clínico etc.

Tercero: Los derechos de las dos primeras generaciones reclamados ahora desde perspectivas nuevas. Por ejemplo, el derecho de integridad física y psíquica, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la protección de la salud, el derecho a la calidad de vida y los llamados «*derechos de los grupos sociales*» (derechos de los niños, de las mujeres, de los emigrantes, de los mayores, de los pacientes, etc.).

La importancia de los nuevos ámbitos de protección de estos antiguos derechos sigue creciendo, espoleada por la aparición constante de nuevos fenómenos, como el actual proceso de globalización y transnacionalización de la economía, el comercio, las comunicaciones, la investigación y la cultura que reclaman urgentemente nuevas formas de protección de la dignidad humana.

3.3. *¿Puede hablarse realmente de una nueva generación de derechos humanos?*

Hay muchos autores que entienden que los derechos humanos invocados de tercera generación no son en realidad derechos nuevos sino simples formas nuevas de manifestarse los derechos de la primera o de la segunda generación.

Lo cierto es, sin embargo, que las reivindicaciones de los derechos humanos se presentan hoy con rasgos inequívocamente novedosos, ante situaciones nuevas. Son estas nuevas situaciones, retos y necesidades los que están abriendo paso con intensidad creciente a la convicción de que nos hallamos ya ante una *tercera generación de derechos humanos* que es notoriamente diferente de las dos anteriores. En este sentido, los derechos y libertades de tercera generación se presentan como respuestas nuevas ante determinadas infracciones de los derechos humanos de las nuevas tecnologías.

En consecuencia, con las pertinentes matizaciones y reservas, no parece haber ningún inconveniente serio para aceptar una opción que está más arraigada cada día y admitir la existencia de la llamada *«tercera generación de derechos humanos»*.

II. LA RECEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ESTADO DE DERECHO

1. «Derechos Humanos» y «Derechos Fundamentales»

Después de todo lo dicho y aunque exista una profunda relación entre ellas, no podemos caer en el error de confundir estas dos categorías primarias de la teoría contemporánea de los derechos básicos de la persona. A cada una de ellas le corresponde una delimitación conceptual diferente.

Ya en el tema anterior expusimos el concepto de los derechos humanos. No obstante el problema de la denominación de los derechos básicos y naturales del hombre ha generado cierto debate, tanto respecto a su definición como al contenido, al existir discrepancias respecto a su naturaleza y fundamentación.

1º) Los «derechos humanos»: Tal como expusimos en el tema anterior entendemos por derechos humanos aquellos derechos que poseen todos los hombres por ser consustanciales a la naturaleza humana y por tanto todos los seres humanos son titulares de ellos no por concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independencia de ellas, por el mero hecho de ser hombres y de participar de la naturaleza humana. Como ya expusimos con anterioridad PÉREZ LUÑO los define *«como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional»*. Así entendidos, los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona, previas al derecho positivo, que deben ser reconocidas y garantizadas por el Estado. En su reconocimiento y garantía el propio Estado se legitima como auténtico Estado de Derecho.

2º) Los «derechos fundamentales»: Cuando los derechos humanos, ya consolidados en el pensamiento filosófico del racionalismo y reconocidos en las primeras Declaraciones, se incorporan a las legislaciones estatales, aparecen los *«derechos fundamentales»*, los cuales son entendidos como *aquellos derechos humanos legalizados, positivizados en las constituciones nacionales*. Ellos constituyen un sector, sin duda el más importante, de los ordenamientos jurídicos positivos democráticos, de modo que, dada su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de Derecho, sería preferible denominarlos *«derechos constitucionales fundamentales»*.

Pero, así entendidos, sólo protegen a los súbditos de los Estados que los han legalizado, y no coinciden en su extensión con los *«derechos humanos fundamentales»* de los que son titulares todos los seres humanos. Esta concepción de los derechos fundamentales sólo tiene cabida desde un una postura legalista, si bien algunos defensores de ésta, como PECES BARBA, distinguen los que denominan *«derechos fundamentales»* (que son aquellos derechos ya reconocidos por la legislación interna) de los *«derechos humanos»* (considerados como valores deseables pero sin valor jurídico alguno, cayendo así en una posición claramente dualista.

En cualquier caso, sea cual fuere la concepción que se tenga de la fundamentación de los derechos humanos, según la opinión mayoritaria en la doctrina actual, se entiende que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos que han sido legalizados en los ordenamientos estatales o en la legislación internacional.

2. La recepción de los Derechos Humanos en los Ordenamientos Jurídicos

Pero ¿qué proceso ha seguido la incorporación de los derechos humanos para transformarse en derechos fundamentales al reconocerse en a las legislaciones nacionales? Siguiendo el amplio y magnífico estudio sobre la positivación de los derechos fundamentales que ha realizado el profesor PÉREZ LUÑO, en su obra *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, observaremos que, aunque han existido diferentes instancias con capacidad para formalizar derechos y libertades, es, sin duda, la Constitución el medio específico más adecuado para reconocer y garantizar los derechos humanos.

La primera Constitución a la que hemos de referirnos es la de los Estados Unidos de 1787 en la que no aparecen referencias a los derechos humanos, salvo una breve alusión al *«Habeas Corpus»*, en la sección novena del artículo primero. Fueron, sin embargo las diez primeras enmiendas de 1791 las que constituyeron la auténtica Carta de Derechos de los Estados Unidos, que suponen un auténtico reconocimiento de derechos fundamentales para los ciudadanos norteamericanos.

En el continente europeo fue la constitución revolucionaria francesa de 1791 la primera que recogió en su preámbulo los derechos y libertades de la Declaración de

1789. Y la constitución francesa de 1814 recogió, por primera vez en el articulado, los derechos fundamentales. Con ello los derechos humanos adquieren un «status» jurídico de derechos positivos, convirtiéndose en derechos públicos de los ciudadanos, es decir en derechos fundamentales.

A partir de entonces las constituciones han sido el medio más generalizado y eficaz de positivación de los derechos humanos. Ya en el siglo XIX es la constitución Española de 1812, la llamada Constitución de Cádiz, uno de los textos más importantes hasta el punto de que alcanzó gran difusión fuera de nuestras fronteras.

Entre las constituciones que incorporan los derechos fundamentales se encuentra también la constitución belga de 1831, revisada en varias ocasiones hasta nuestros días. Y otro texto constitucional que merece citarse en relación con los derechos humanos es la constitución francesa de 1848. Esta constitución junto a la tradición liberal de carácter individualista, representa los valores sociales que proceden de la influencia del socialismo y del emergente catolicismo social preludiando ya el estado social de derecho.

En relación con los derechos humanos el siglo XX se caracteriza por la consolidación de los derechos económicos, sociales y culturales que, aunque tímidamente, se habían iniciado ya en el siglo XIX. En las constituciones de principios del siglo XX se produce una integración de los derechos civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales. Son ejemplo de ello la constitución mejicana de 1917 y la constitución de Weimar de 1919. En ambas se produce un intento de conciliar los derechos de libertad con los derechos de igualdad y sirven de modelo para futuras constituciones como la constitución republicana española de 1931.

A partir de las segunda guerra mundial un gran número de estados proceden a reformar sus constituciones, casi todas con la misa estructura, con la intención prioritaria de garantizar no sólo los derechos individuales, sino también los derechos económicos, sociales y culturales.

Este planteamiento se apoya en la concepción de que el Estado tiene obligaciones positivas frente a los ciudadanos tales como proporcionar trabajo, asistencia sanitaria, educación y cultura, prestaciones por desempleo, enfermedad, vejez, etc. Se trata de hacer real la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho. Citamos entre ellas la constitución italiana de 1947, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, heredera de la constitución de Weimar, la constitución francesa de 1958, la griega de 1975, la portuguesa de 1976, la española de 1978 o la última de las importantes declaraciones constitucionales de derechos en el siglo XX que es *la Human Rights Act,* Ley británica de derechos fundamentales de 1998, que ha sido modificada y actualizada con algunos cambios que han entrado en vigor el 17 de abril de 2017 y algunos entrarán en vigor posteriormente. El objetivo fundamental, según su preámbulo, es el de *«intensificar la eficacia de los derechos y libertades garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos».*

3. Los Derechos Fundamentales y el Estado de Derecho

3.1. *La relación de los derechos fundamentales con el Estado Liberal de Derecho.* Podemos afirmar que cada una e las tres generaciones de derechos humanos se corresponde con uno de los tres modelos de Estado de Derecho. Así la primera generación de derechos humanos en la que aparecen, se desarrollan y se garantizan los derechos de libertad coincide en el tiempo y se asocia siempre al Estado Liberal de Derecho.

El Estado Liberal de Derecho es el modelo de Estado que, inspirado en las concepciones iusnaturalistas del racionalismo ilustrado (LOCKE, MONTESQUIEU Y ROUSSEAU), surge tras las revoluciones de los siglos XVII y XVIII y se caracteriza por la afirmación de la soberanía popular y el ejercicio del poder por representación, lo que confiere al Estado una estructura democrática. Por otra parte, se concibe al Estado como un Estado de Derecho en el que impera la ley, se reconocen los derechos humanos, especialmente los derechos de libertad individual y derechos políticos, y se defiende la separación de los poderes y el abstencionismo o mínima intervención del Estado.

Es sabido que para el pensamiento liberal la principal finalidad del Estado, consistía en la defensa de las libertades fundamentales, por lo que éstas debían proclamarse expresamente en las normas de mayor rango que son las Constituciones. Y desde el principio, las constituciones liberales recogieron y reconocieron aquellos derechos que los textos de la época denominaron «*derechos humanos*» o «*derechos naturales*». A estos derechos que colmaron la primera etapa en el proceso de reconocimiento de los derechos humanos, se les ha calificado como «*derechos humanos de primera generación*». Nacieron como reivindicación frente al Estado y su papel es la exigencia del respeto a la libertad individual. Son derechos propios del Estado Liberal de Derecho y están inspirados en un valor moral básico que les sirve de guía: *la libertad*

3.2. *La relación de los derechos fundamentales con el Estado Social de Derecho.* Al Estado Social de Derecho se asocian los Derechos de segunda generación es decir los económicos, sociales y culturales que se centran en garantizar el valor de la igualdad.

A pesar de sus logros el Estado Liberal adolecía de ciertas carencias que le arrastraron a una profunda crisis y contribuyeron a la evolución del modelo de Estado Liberal de Derecho hacia otro modelo de Estado: el Estado Social de Derecho.

Es obvio que este modelo de Estado no surge de repente sino que se va gestando y consolidando lentamente al mismo ritmo que va desmoronándose el Estado Liberal. Por ello, si tuviéramos que determinar una fecha de nacimiento, cabría decir que su origen es bastante difuso, aunque la mayoría de los autores suele situarlo entre la Constitución de Weimar de 1919 y la Ley Fundamental Bonn de 1949. Por tanto su origen puede situarse en el período intermedio entre las dos Guerras Mundiales y su objetivo es la instauración del Estado del bienestar que garantice la igualdad de dere-

chos de los ciudadanos. Desde entonces la mayoría de las Constituciones democráticas del siglo XX han incorporado disposiciones con contenido eminentemente social.

En efecto, el Estado Social de Derecho se caracteriza por ser un Estado distribuidor o administrador de los derechos sociales, «*Estado manager*», o fuertemente intervencionista.

Entre sus rasgos más destacados figuran los siguientes: el predominio de la igualdad sobre la libertad individual, el intervencionismo económico con participación activa en los procesos productivos y en la redistribución de la riqueza, la atención a las demandas y derechos sociales convirtiéndose en un «*Estado providencia*». En esta etapa se abandonó la defensa de los derechos de libertad individual, pasando a defender prioritariamente los derechos económicos y sociales (asistenciales) de la colectividad.

Por todo ello es obvio que la segunda generación de derechos humanos (económicos, sociales y culturales) o derechos de igualdad se asocie al Estado Social de Derecho.

La relación de los derechos fundamentales con el Estado Constitucional. A partir de los años 70 del siglo XX, se produce un cambio de rumbo en las teorías sobre la concepción del Estado, de suerte que el modelo del Estado Social de Derecho da paso al llamado Estado Constitucional, expresión jurídico-política que asume y expresa las transformaciones actuales de las sociedades democráticas.

Recordemos que uno de los dogmas fundamentales del Estado de Derecho era el de la supremacía de la ley. Pero en las últimas décadas tal concepción se ha desvanecido hasta el punto de que la supremacía de la ley ha dejado su puesto a la supremacía de la Constitución.

Históricamente los derechos y los deberes constitucionales no constituían normas dotadas de una eficacia directa equivalente a la de las restantes normas del ordenamiento. Por tanto, los contenidos materiales de la Constitución no tenían operatividad jurídica en tanto en cuanto no fueran trasladados a la ley. Sin embargo, el constitucionalismo de la Europa occidental ha caminado hacia un esquema en el que el Tribunal Constitucional tiene competencia para decidir si el legislador ha infringido, por razones de contenido o por razones de competencia, la Constitución. La fórmula política en la que la constitución en su totalidad se sitúa por encima de la ley como fuente del derecho es la que ha dado en llamarse *Estado Constitucional*.

Esto supone afirmar la supremacía normativa de la Constitución sobre todas las normas del ordenamiento jurídico. En efecto, en las democracias actuales se ha experimentado un giro importante, defendiendo la eficacia directa de las normas constitucionales, especialmente aquellas cuyo contenido se refiere a los derechos fundamentales, reconocidos y garantizados por la Constitución. Y también las actuaciones derivadas de tales normas estarán sometidas al control jurisdiccional de

la Constitución. Tal es el caso del Recurso de Amparo de los derechos fundamentales ante la llamada *«jurisdicción constitucional»*, característica del modelo de Estado Constitucional.

En consecuencia debemos afirmar que el Estado Constitucional se presenta hoy como la alternativa más justa, eficaz y democrática al Estado de Derecho, ya que ahora la garantía de los derechos se hace real a través de la exigibilidad constitucional de los mismos y el control constitucional de las actuaciones de la Administración. Por todo ello el Estado se vuelve más democrático y la justicia social más realizable.

III. EJERCICIO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Pero el sólo reconocimiento de los derechos, incluso plasmados en solemnes declaraciones, no era suficiente si los derechos no se hacían realmente efectivos en la práctica. ¿Quién garantizaba quien protegía el ejercicio de los derechos humanos?

En definitiva, el problema de los derechos humanos hoy no es tanto ya un problema de reconocimiento como de eficacia real de los mismos, de condiciones efectivas para su realización, es decir, de garantías. Sin embargo hay que tener claro que la tutela de los derechos humanos se produce imperceptiblemente, en espacios de tiempo que rebasan la vida de los individuos y se miden por generaciones enteras. Si el reconocimiento, hoy universalmente aceptado, ha durado siglos en calar en todos los pueblos, es posible que su protección y el establecimiento de garantías plenas dure otros tantos.

Las garantías de los derechos humanos aparecen tímidamente en el pasado y después de un largo peregrinar histórico han ido también consolidándose y perfeccionándose. Es precisamente durante la segunda mitad del siglo XX y los años transcurridos del XXI, especialmente a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando, a través de la internacionalización, se ha hecho posible que los derechos fundamentales se vean garantizados y no queden reducidos a pura teoría, a una ilusión quimérica.

Garantías generales: Existen en primer lugar, una serie de garantías de carácter general, propias de toda sociedad democrática. Nos referimos a todos aquellos factores que facilitan, desde las estructuras institucionales del Estado, un eficaz disfrute de las libertades. Son las llamadas *«garantías generales»* imprescindibles para que el ejercicio de los derechos fundamentales sea posible y que están integradas por los presupuestos básicos de toda sociedad democrática. Podríamos afirmar que se trata de *«condictiones sine qua non»*, es decir, mínimas e imprescindibles, para que pueda hablarse de efectividad de los derechos fundamentales (condiciones políticas, legales, culturales, económicas...).

Más importantes son, en la actualidad las llamadas *garantías específicas* o *garantías procedimentales*. Veamos:

1. Garantías nacionales

Podemos afirmar que entre las garantías de ámbito estatal se cuentan todos los procedimientos legales y jurisdiccionales establecidos por las Constituciones de cada Estado. A través de la Constitución, los Estados Democráticos contemporáneos establecen normas y tribunales (ordinarios y especiales), comisiones, organismos y procedimientos que protegen y garantizan el ejercicio de los derechos fundamentales

Vemos como ejemplo, a grandes rasgos, el caso español. España asumió pronto la corriente constitucionalista protectora de los derechos humanos. Ya desde las primeras Constituciones liberales reconoció y protegió determinados derechos de carácter individual a los que progresivamente se incorporaron los derechos económicos, sociales y culturales. Y, con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, España se incorpora definitivamente al grupo de Estados democráticos que públicamente establecen en su Ley Fundamental el reconocimiento expreso y asumen el compromiso de las garantías de los derechos humanos.

Aunque no es este el lugar de realizar un análisis procesal profundo del funcionamiento de las diferentes garantías –lo que pertenece a un posterior momento curricular– si hemos de dejar constancia, al menos, de la existencia de algunos procedimientos *de protección y garantía de los derechos humanos* establecidos en nuestra Constitución.

En efecto, además de diferentes normas que reconocen y formulan positivamente los derechos fundamentales, la Constitución española establece también normas específicas destinadas a la garantía procesal de los derechos fundamentales. De acuerdo con los artículos 53 y 54, y los artículos 161 y 162, nuestro ordenamiento jurídico actual ofrece una serie de garantías para el ejercicio de los derechos humanos que básicamente son los siguientes:

1ª) *Protección de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*: El artículo 53.2 de la Constitución establece que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad...». Evidentemente no es el momento ni el lugar apropiado para analizar la legislación procesal ni de exponer los procedimientos adecuados.

2ª) *Protección ante el Tribunal Constitucional*: La protección jurisdiccional que, según la Constitución, puede otorgar a los ciudadanos el Tribunal Constitucional es de dos tipos:

a) *Protección directa a través del recurso de amparo* (contemplado en los artículos 53.2, 161.1b y 162.1b). Esta segunda vía específica de protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales presenta un carácter de subsidiariedad en relación con la protección específica de los tribunales ordinarios, frente a las viola-

ciones originadas por los poderes públicos. Por consiguiente sólo pueden ser recurridos en amparo, por violación de derechos fundamentales, los actos de los poderes públicos.

b) *Protección jurisdiccional indirecta: el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad*: Es obvio que la tutela que proporcionan a los ciudadanos el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad frente a las violaciones de sus derechos es de carácter indirecto lo cual no debe conducirnos a minusvalorar estas vías que en ocasiones han significado una efectiva y valiosa protección de los derechos fundamentales.

3ª) *La tutela del Defensor del Pueblo*: El artículo 54 de la Constitución crea la figura del *Defensor del Pueblo* cuya regulación la remite a una ley orgánica. En efecto la Ley Orgánica 3/1981 del Defensor del Pueblo, cumpliendo el mandato constitucional reguló el ámbito de actuación novedoso en el constitucionalismo español, cuyos antecedentes podemos encontrarlos en el Ombusman escandinavo.

Tal como establece el artículo 54 de la Constitución el Defensor del Pueblo es un «alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos fundamentales». No es por tanto un juez, ni puede resolver situaciones individuales a través de un fallo o sentencia. Su misión consiste en sustituir o representar a las Cortes Generales en el ejercicio de la vigilancia directa de la Administración Pública, vigilar a los poderes públicos para que respeten los derechos humanos y cumplan su obligación de garantizarlos.

2. Garantías internacionales

1º) Garantías de ámbito universal: Pero las garantías estatales se consideran insuficientes. No podemos olvidar que las garantías son necesarias para proteger a los individuos del ejercicio de los derechos humanos precisamente frente al Estado. Pero ¿Quién nos protegerá si es el Estado el que viola los derechos de los ciudadanos o incumple su deber de protegerlos? Es necesario que existan por encima de los propios Estados otro tipo de garantías. Se trata de garantías de ámbito supraestatal, las cuales pueden ser de dos tipos:

a) *Unas de ámbito supraestatal universal*, o garantías de ámbito internacional universal que se atribuyen a la O.N.U. a través del Tribunal Internacional de Justicia, aunque este Tribunal rara vez se ocupa directamente de las cuestiones de derechos humanos.

Hemos de tener en cuenta que la Declaración Universal de Derechos Humanos surgió como una mera Declaración y no un Convenio o un Pacto exigible jurídicamente. En consecuencia la Declaración Universal en sus orígenes no tenía un valor legal sino puramente declarativo. Por ello, ante la falta de un Órgano Judicial de

carácter internacional, el «*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*» de 1.966, *estableció un Comité de Derechos Humanos*, y el «*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*», –también de 1966– estableció el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

Sin embargo no podemos hablar de garantías reales de los derechos dado que la función de estos órganos se limita a la elaboración de informes no ejecutivos. Por ello, podemos afirmar que las Naciones Unidas, que han realizado una labor espléndida en el ámbito de las declaraciones y especificaciones de los derechos humanos no ha logrado crear aún un mecanismo eficaz para garantizar la realización efectiva de los derechos fundamentales.

En la Conferencia de Roma de 1998 se aprobó la creación de una Corte Penal Internacional, en vigor desde julio de 2002, para perseguir las violaciones de los derechos humanos por delitos de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

2º) *Garantías supraestatales de ámbito regional:* En el área del Continente Africano existe ya desde 1945 la «*Liga de los Estados Árabes*» con una Comisión Permanente de Derechos Humanos. Y en 1981, a través de la «*Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos*» se creó, por parte de la «*Organización para la Unidad Africana*» una segunda *Comisión de Derechos Humanos*. Bien es verdad que estos órganos se han dedicado más a la causa árabe, a la defensa de la autodeterminación, que a los problemas de los derechos individuales. Pero son pasos importantes.

También en el Continente Americano existe un sistema de protección de derechos humanos. «*La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*» fue aprobada el 2 de marzo de 1948 –incluso antes que la Declaración Universal de Derechos Humanos. En 1959 se estableció la «*Comisión Interamericana de Derechos Humanos*». Y en 1969, al aprobarse la «*Convención Americana sobre Derechos Humanos*», también llamada *Pacto de San José de Costa Rica* se creó la «*Corte Interamericana de Derechos Humanos*», con funciones propiamente jurisdiccionales, aunque no entra en vigor hasta 1978, es decir, 25 años después que la europea.

Fue el Consejo de Europa el que creó, por primera vez, un mecanismo regional internacional eficaz para la protección de los derechos humanos, no sólo porque los Estados miembros se comprometen a asumir determinadas obligaciones, sino también a reconocer que los individuos poseen derechos que derivan de una legislación internacional. Y aprobó en Roma, el 4 de noviembre de 1950, la «*Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales*», que garantiza los derechos humanos a través de dos Órganos especialmente creados para este fin: *La Comisión y El Tribunal de Derechos Humanos*. La Convención ha sido modificada por sucesivos Protocolos adicionales, el más importante de los cuales, el nº. 11, entró en vigor, precisamente el 11 de noviembre de 1.998. Este Protocolo introdujo cambios sustanciales, tanto en la estructura y composición del Tribunal como en el procedimiento, con el fin de ganar en agilidad y eficacia.

Aunque con dificultades, estos Órganos están funcionando efectivamente. Pero, sin duda, en el proceso de instauración de garantías de los derechos humanos aún queda un largo camino sin recorrer.

Referencias bibliográficas

Se puede completar y profundizar en las diferentes cuestiones planteadas en este capítulo en la bibliografía reseñada a continuación:

ARA PINILLA I. *Las transformaciones de los Derechos Humanos,* Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los Derechos del Hombre* con texto actualizado y notas de Mª LUISA MARÍN CASTÁN), 3ª Ed. Reus, Madrid, 1985.

DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría de los derechos humanos,* Secretariado de publicaciones de la Universidad de León, 1993.

DE CASTRO CID, *B., El reconocimiento de los Derechos Humanos,* Ed. Tecnos, Madrid 1982.

DE CASTRO CID, B., (Coord.) *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos,* Ed. Universitas, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Teoría de la justicia y Derechos Humanos,* Ed. Debate, Madrid, 1984.

MARCOS DEL CANO, ANA Mª, (Coord.), *Derechos Humanos y Trabajo social,* Ed. UNIVERSITAS, Madrid, 2014.

MARTÍNEZ MORÁN, Narciso, «Los Derechos de Libertad», en DE CASTRO CID, B., (Coord.) *Problemas básicos de Filosofía del Derecho: Desarrollo sistemático,* Ed. Universitas, 3ª edición, 3ª reimpresión, Madrid, 2005, pgs. 239-262.

MARTÍNEZ MORÁN, Narciso, (Coord.) *Manual de Filosofía del Derecho,* Ed. Universitas, Madrid, 2013.

PÉREZ LUÑO, A. E, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución,* 10ª Ed. Tecnos, Madrid 2010.

TRUYOL Y SERRA A., *Los Derechos Humanos,* Ed. Tecnos, Madrid, 1968.

Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Qué valores se atribuyen a cada una de las tres generaciones de derechos humanos?
2. Define los derechos de libertad y expón brevemente sus principales caracteres.
3. ¿Qué entendemos por derechos de integridad moral. Cita algunos ejemplos.
4. ¿Cuáles son las principales manifestaciones de los derechos políticos?
5. ¿Qué queremos decir cuando hablamos de derechos prestacionales?
6. ¿En qué se diferencian los derechos de libertad de los derechos sociales?
7. ¿Cuáles son las principales categorías de la tercera generación de derechos humanos?
8. Define los derechos humanos y los derechos fundamentales. Explica su principal diferencia.
9. ¿Cuáles son las principales vías que ofrece el ordenamiento jurídico español para la protección de los derechos fundamentales?
10. Explica brevemente cómo se protegen los derechos fundamentales en el ámbito supranacional.

UNIDAD DIDACTICA IV
DEONTOLOGÍA DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS

Objetivo general de la Unidad IV

Desde muy antiguo han existido códigos deontológicos, es decir, algún tipo de normas éticas que los profesionales han tenido como pauta de su conducta en el ejercicio profesional si bien los primeros Códigos Deontológicos se aplicaron después de la segunda guerra mundial, y puede decirse que, en la actualidad, prácticamente todas las profesiones han desarrollado sus propios Códigos Deontológicos. También las profesiones jurídicas. Hoy se habla constantemente de la Deontología Profesional de los abogados, de los notarios, de los registradores, de los fiscales, de los jueces...

En efecto toda profesión exige un compromiso de responsabilidad y ética, que rebasa la moral estrictamente individual, y que no siempre está regulada por el Derecho. Ello supone que, además de las normas de moral individual y más allá de las regulaciones jurídicas de los derechos y deberes impuestos por las leyes del Estado, cabe y es necesario el establecimiento de unos principios éticos y deontológicos rigurosos que determinen un marco de comportamiento más amplio que el estricto marco jurídico y más exigible desde instancias externas que la difusa exigibilidad abandonada exclusivamente a la Ética individual.

En esta IV unidad didáctica nos proponemos aproximarnos al concepto de Deontología y esbozar muy sintéticamente su necesidad, la obligatoriedad de sus normas y transcendencia en el campo de las profesiones jurídicas.

Estamos convencidos de que la formación moral y ética en cualquier ámbito del ejercicio de una profesión es tan importante, que la Deontología Profesional debería constituir una disciplina en todas las especialidades universitarias o formativas; y, por supuesto, en las facultades de Derecho. Pero, dada su ausencia en la mayoría de los casos, entendemos que se trata de una asignatura pendiente en los estudios universitarios y profesionales.

Deseamos también que las páginas que siguen contribuyan, en parte, a cubrir dicha necesidad y estimulen a los estudiantes de Derecho para seguir profundizando en la Deontología de las Profesiones Jurídicas.

TEMA 13.
Ética y deontología profesional

Narciso Martínez Morán

Sumario

I. *Ética y Moral.* II. *Ética Privada y Ética Pública.* II. *Ética Profesional.* IV. *¿Qué es la Deontología.* 1. Concepto de Deontología. 2. La codificación de las normas deontológicas. 3. La obligatoriedad de las normas deontológicas. V. *Deontología de las profesiones jurídicas.*

Objetivos

Tres son los objetivos del presente tema. *El primero* exponer y razonar cómo entre la Ética y el Derecho existen otras normas que rigen en el ámbito profesional. Tales normas constituyen los llamados Códigos Deontológicos. *El segundo* es analizar las normas deontológicas para conocer su naturaleza, su origen, su obligatoriedad y su transcendencia. Y *el tercero* analizar la operatividad que tales normas y Códigos Deontológicos tienen en las profesiones jurídicas

Resumen

Entendemos por *Moral* el conjunto de normas que regulan directamente nuestras conductas orientando los comportamientos hacia lo bueno o lo malo en el ámbito individual. La *Ética*, sin embargo, es una reflexión filosófica sobre la Moral. Y si ambos conceptos los referimos a las acciones relacionadas con la vida pública tendremos la Moral Pública (que regula las acciones buenas o malas en el ámbito de lo público y la Ética Púbica que es una reflexión sobre las normas y las acciones de la Moral Pública. Cuando la normatividad se

refiere a las conductas realizadas en el campo de una profesión estamos ante la Deontología Profesional, mientras que cuando nos referimos a la reflexión filosófica sobre los comportamientos y las normas deontológicas estamos en el campo de la Ética Profesional.

Pero la Deontología Profesional puede contemplarse desde tres puntos de vista diferentes:

- *Deontología Profesional como Ética Aplicada* que investiga los deberes morales. *Deontología como Moral Corporativa:* moral positiva de los grupos profesionales.
- *Deontología como Derecho:* exigible jurídicamente.
  - La Deontología Profesional es necesaria y es útil que sus normas se plasmen en Códigos Deontológicos porque permiten a los profesionales el conocimiento y autorregulación de sus deberes éticos, por cuyo incumplimiento podrán ser sancionados.
  - Las normas deontológicas recogidas en Códigos, Estatutos o Reglamentos, no sólo obligan éticamente sino que el Derecho las ha hecho suyas y obligan jurídicamente.
  - Por todo ello sería absolutamente necesario que en la educación, especialmente en la enseñanza universitaria, se explicara una disciplina de Ética o Deontología Profesional.
  - La Deontología como Ética aplicada es común para cada profesión. Sin embargo sus normas pueden explicitarse en Códigos diferentes en función de las culturas, los países o los Colegios Profesionales en los que se ejerza la profesión.
  - Existen una serie de principios deontológicos comunes a todas las profesiones como el principio de beneficencia (y de no maleficencia), el principio de autonomía y el principio de justicia. También puede hablarse de los principios de probidad, desinterés y decoro.
  - La mayoría de las profesiones relacionadas con el Derecho (abogados, registradores, notarios, jueces) tienen normas deontológicas establecidas en diferentes Códigos.

I. ÉTICA Y MORAL

La conducta (actos conscientes y libres) de los seres humanos está regulada por diferentes sistemas normativos entre los que destacan el Derecho y la Moral.

Aunque habitualmente los términos Ética y Moral suelen utilizarse indistintamente para expresar la misma realidad su significado, como veremos, es diferente. A esta inicial confusión contribuye precisamente el análisis etimológico de los dos términos:

Ética proviene del griego «*ethos*» (ήθος), que tiene dos significaciones: Carácter y hábito. La palabra carácter se refiere al modo de ser y actuar humano, mientras que hábito significa la regularidad de actuación instaurada en un individuo por la repetición de actos iguales realizados en las mismas circunstancias. Y el conjunto de hábitos arraigados en una persona viene a configurar en gran medida su carácter. Si nos fijamos atentamente veremos que, en la raíz de ambas significaciones está presente lo que habitualmente entendemos por costumbre.

Moral proviene del término latino «*mos*» que, en español se traduce literalmente por costumbre. Vemos, por tanto, que tanto el término griego *ethos* como el término latino *mos* participan de la misma significación: *costumbre*. Esto es lo que, por un lado, nos permite utilizar Ética y Moral indistintamente, generando una cierta confusión. Sin embargo, desde otra perspectiva, en el ámbito académico su significación es diferente.

Por *Moral* se entiende el conjunto de reglas que se aplican en la vida cotidiana y todos los ciudadanos las utilizan continuamente. Estas normas guían a cada individuo, orientando sus acciones y sus juicios sobre lo que es moral o inmoral, correcto o incorrecto, bueno o malo y busca la felicidad.

Según ESPERANZA GUISAN entendemos por Moral el conjunto de «códigos, costumbres, máximas, consejos, advertencias, prohibiciones y exhortaciones» que de manera tácita o expresa imperan en una sociedad. Por tanto cuando hablamos de moral nos referimos a normas que regulan directamente nuestras conductas orientando los comportamientos hacia lo bueno o lo malo en el ámbito individual.

La *Ética*, sin embargo, es una reflexión filosófica sobre la moral. Es un conjunto de conocimientos derivados de la investigación de la conducta humana al tratar de explicar las reglas morales de manera racional, científica y teóricamente fundamentada.

Lo cual quiere decir que la Moral se sitúa en el plano de la praxis, regulando las conductas concretas de los seres humanos y estableciendo lo que debe hacerse porque es bueno, mientras que la Ética abandona el terreno de la praxis para situarse en el plano superior de la reflexión filosófica, preguntándose por qué algo es bueno y, por consiguiente, debe hacerse. De este modo la Ética se convierte en una reflexión filosófica sobre la Moral. Ya Sócrates (S. V a. C.) definía la Ética como *saber del bien para obrar el bien*.

Podríamos afirmar, por tanto, que la Ética es una filosófica que pretende fundamentar las normas morales dando razones de *por qué son buenos o malos los actos regulados por la moral, por qué debemos hacerlos*; se ocupa del estudio de la moralidad de las conductas así como de los fines y valores de las acciones; es una reflexión sobre la felicidad, las virtudes, el bien moral, el deber moral, la conciencia, la decisión, etc.

Pero lo cierto es que, en el lenguaje habitual, ambos términos (Ética y Moral) suelen utilizarse indistintamente, entendiendo que la Moral (o la Ética) consiste en un código de normas, tácitas o expresas, que regulan los actos internos o inmanentes, de los individuos. Responde a los interrogantes ¿qué es lo bueno?, ¿qué debo hacer? y prescribe la realización de lo que es bueno.

II. ÉTICA PRIVADA Y ÉTICA PÚBLICA

Cuanto acabamos de decir en el epígrafe anterior se refiere fundamentalmente a la Moral y a la Ética Privada. Pero con frecuencia escuchamos o leemos debates sobre la distinción entre dos ámbitos de la Moral y la Ética: la que sitúa en el centro de sus reflexiones normativas el interés público o el bien común, que es propio de las instituciones públi-

cas y aquella que se configura en torno a los comportamientos y las reflexiones sobre la normativa que regula el interés individual, los bienes privados, la felicidad personal.

Cabe preguntarse sin embargo si estas dos esferas son radicalmente diferentes o tienen zonas de coincidencia, si exite algún punto de conexión entre el interés público y el privado. Al margen del debate sobre la existencia de una Ética Pública enfrentada a una Ética Privada, entiendo que para toda persona los valores son los mismos con independencia del contexto en que realice sus conductas, por lo que su comportamiento debe ser ético tanto en el contexto público como en el privado. Más aún, una persona no puede ser ética en su vida privada y no ética (o corrupta) en la pública, pues, en definitiva la Ética Privada y la Ética Pública, así como las acciones morales forman parte de un mismo todo que es la persona.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que ni la Moral ni la Ética Privada se limitan a las normas que regulan la actividad estrictamente privada, sino que todos aquellos individuos que requieran un bien o servicio público deben observar un comportamiento conforme con los valores y principios que forman parte de la Ética Pública. Sus conductas alcanzan una dimensión pública, en tanto que interactúan en la sociedad y participan de los bines públicos.

Podríamos afirmar, por tanto, que la Moral Pública regula los actos que tienen una dimensión social pública, bien sean realizados por servidores públicos o por ciudadanos particulares, cuando su conducta tiene, en alguna medida, una dimensión pública.

Y, si existe una Moral Pública es obvio que paralelamente se haya configurado una Ética Pública que realiza una reflexión sobre las conductas y las normas de la Moral Pública: por qué es buena o mala una conducta en el ámbito de lo público y por qué los ciudadanos, o los servidores públicos o las instituciones públicas deben realizar estas conductas y no otras.

Lord Nolan, en su famoso informe emitido en 1994, que es un referente mundial para cualquier sociedad interesada por la ética de sus políticos y funcionarios, entiende la Ética Pública como *«la «elegancia» en el cumplimiento del deber, afirmando que hay cosas legales que, sin embargo, no se deben hacer por puro sentido común y por decoro»*.

Pero ¿a qué Ética nos referimos? Si concebimos la Ética como el conjunto de principios y normas morales que regulan las actividades humanas de acuerdo con la recta razón, estamos refiriéndonos a los aspectos íntimos de la personalidad. Pero, si nos referimos a los aspectos sociales y públicos de las conductas humanas, nos encontramos ante la Ética Pública.

«Resulta realmente difícil –afirma RODRÍGUEZ ARANA– distinguir entre ambos aspectos de la vida humana (individual y social) debido a las constantes injerencias de una en otra dimensión». Lo mismo puede decirse de la diferencia entre Ética Pública y Privada referida a la actividad de los servidores públicos. «Es realmente difícil –sigue diciendo RODRÍGUEZ ARANA– concebir un intento de moralización de la vida pública ajeno al resurgimiento de dichos valores en la sociedad en general y en las personas que la componen en particular».

En efecto, es difícil que los servidores públicos que no tienen interiorizados y asumidos valores éticos, tanto privados como sociales, puedan llevarlos a la práctica en el ejercicio de la función pública. Pues la Ética del servicio público inevitablemente está afectada y condicionada no sólo por los valores individuales sino también por los valores sociales y aquellos considerados propios de las distintas culturas.

El funcionario público no puede olvidar que, si quiere que sus actuaciones sean éticas deben estar presididas por determinados valores, teniendo siempre claro que «*ser ético es deseo de ser ético y el deseo de ser ético se demuestra actuando éticamente*» tanto en lo privado como en lo público.

Si tomamos en consideración cualquiera de los códigos éticos y deontológicos de los Funcionarios Públicos de los países de nuestro entorno y, en general de todos los Estados Democráticos de Derecho, veremos que, todos ellos, con pequeñas variantes, realizan una amplia enumeración de valores y principios de actuación para los funcionarios públicos. Pero hay que advertir que la mayoría de los recientes códigos de Ética Pública están inspirados en los siete valores, principios y criterios establecidos en el informe Nolan que, como él mismo afirma, sintetizan todo un código de Ética Pública:. *Altruismo o capacidad de asumir el interés público; integridad; objetividad; responsabilidad; transparencia; honestidad; liderazgo o capacidad de decisión.*

III. ÉTICA PROFESIONAL

En los dos epígrafes anteriores hemos expuesto los conceptos de Ética y Moral, Ética Pública y Moral Pública, entendiendo como Moral el conjunto de normas que regulan las conductas tanto individuales como públicas y Por Ética la reflexión filosófica sobre los contenidos de la Moral.

En el presente epígrafe y en el siguiente analizaremos la Ética Profesional y la Moral Profesional o Deontología. Con ambos conceptos podemos establecer el mismo paralelismo: Expondremos en el epígrafe siguiente que la Deontología consiste en un conjunto de normas morales que regulan, mediante Códigos Deontológicos las conductas morales realizadas en el ámbito de una profesión.

Sin embargo la Ética Profesional es la disciplina que reflexiona sobre las normas morales y los comportamientos profesionales establecidos en los Códigos Deontológicos. Y, como toda disciplina que reflexiona sobre reglas que regulan la praxis humana (la conducta humana), podemos afirmar que se encuentra incluida dentro de lo que llamamos Ética Aplicada.

Todo profesional, además de poseer unos conocimientos técnicos y estar obligado por determinas normas jurídicas en el desempeño de su profesión debe someterse a normas que garanticen su honor, su responsabilidad, su integridad, su honestidad, su dignidad en el ámbito personal y en todo aquello que afecta a su profesión en relación con la empresa o colectivo al que representa.

La Ética Profesional, por tanto, no impone conductas coactivas sino que implica el análisis y la reflexión sobre los principios y las reglas que constituyen los pilares de la moralidad en el ejercicio de la actividad profesional. Es decir, desde la Ética Profesional se reflexionará y se analizará aquello que es bueno y deseable para una profesión y, por tanto debe realizarse. Es desde la Deontología concretada en Códigos Deontológicos desde donde se exigirán los comportamientos morales reglados.

En todas las profesiones puede establecerse una Ética Profesional cuya finalidad es dar a conocer cómo deben realizarse las conductas de la actividad concreta de que se trate, para que se cumplan unos principios éticos, sin generar daños a terceros, ni perseguir exclusivamente el propio beneficio de quien ejerce la profesión. Y entre los principios comunes a todas las profesiones de la Ética Profesional podemos citar: el principio de no-maleficencia; el principio de beneficencia; el de autonomía; el de justicia; y los principios de objetividad, transparencia, honestidad, responsabilidad, eficiencia, solidaridad, equidad, confidencialidad. Todos estos principio pretenden asegurar que los profesionales (abogados, notarios, registradores, jueces, médicos, periodista, empresarios...) desempeñen su actividad de manera responsable y honesta.

Hemos de resaltar también que para el desempeño de algunas profesiones se exige al profesional que se comprometa de una manera pública realizando un juramento. Es el caso de los gobernantes y de aquellos funcionarios públicos que deben prestar juramento sobre la Constitución –algunos lo hacen, además, voluntariamente sobre la Biblia– comprometiendo de manera especial su compromiso moral para el desempeño del correspondiente cargo público.

En todo caso quienes no cumplen las reglas de la Ética Profesional reciben sanciones bien de los clientes, de la sociedad, de las autoridades, o de los Comités de Ética establecidos por los Colegios Profesionales para velar por el cumplimiento de las normas establecidas en los Códigos Deontológicos

IV. ¿QUÉ ES LA DEONTOLOGÍA

1. Concepto de Deontología

1.1. *Deontología:* Este vocablo procede del griego «*deon*» que significa «*debido*» y «*logos*» que es igual a ciencia o tratado. Desde esta perspectiva terminológica Deontología sería la ciencia o tratado de los deberes.

Parece que la primera utilización del término Deontología se atribuye a Jeremy Bentham, quien, en 1834, escribió una obra titulada «*Deontology or the Science of Morality*» *(Deontología o la ciencia de la moralidad)*. En ella Bentham nos presenta la Deontología como una rama de la ética entendiendo que el objeto de esta son los deberes y las normas morales. Pero tanto los deberes como las normas morales, en

cuanto que son objeto de la Ética, deben entenderse en sentido amplio dado que comprenden todas las conductas humanas calificables como morales.

Sin embargo la Deontología sería una rama particular de la Ética referida al *estudio de los deberes y las obligaciones morales que tienen las personas en el ejercicio de una profesión concreta*, excluyendo, por tanto, todas aquellas conductas morales que no pertenezcan al ámbito estricto de la profesión de que se trate en cada caso. De aquí que, al hablar de Deontología se abra un amplio abanico que nos permite hablar de deontologías, referidas en cada caso a los deberes de conducta exigidos en un campo profesional específico (cada profesión tiene su propia deontología).

Así entendida la Deontología podría definirse como *una teoría de los deberes profesionales* y que algunos han denominado *Axiología Profesional*, denominación que considero poco afortunada puesto que la Axiología es el tratado de los valores mientras que la Deontología es el tratado de los deberes, y valores y deberes no son términos identificables ya que los valores pertenecen al ámbito del «*ser*» y los deberes al ámbito de la «*acción*».

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el concepto de Deontología, aunque es un concepto relativamente joven, ha ido evolucionando y, en la actualidad, no tiene el mismo sentido que en sus inicios. De acuerdo con RODRÍGUEZ-TOUBES podríamos contemplar tres acepciones o sentidos de la Deontología:

Primer sentido: *Deontología Profesional como Ética Aplicada*. Un primer sentido de la Deontología lo encontramos en la concepción original sostenida por Bentham donde la Deontología Profesional sería una concepción de la Ética normativa que investiga los deberes morales de la conducta en el ejercicio de una profesión. La Deontología Profesional es por tanto una Ética Aplicada que investiga las normas morales que afectan particularmente a los miembros de una profesión, y lo hace guiándose por la razón práctica. Y por Ética debe entenderse la Filosofía Moral, el uso de la razón práctica para alcanzar un conocimiento fundado y fiable sobre lo bueno y lo malo en general. Desde esta perspectiva la Deontología se ocuparía de los deberes morales que pueden reconocerse racionalmente, es decir, se trataría de una moral ideal, que se identificaría con lo que algunos entienden como Ética Profesional.

Segundo sentido: Pero, como decíamos, el concepto de Deontología ha evolucionado y, en la actualidad existe un nuevo modo de entender la Deontología Profesional. Según esta nueva concepción, que me parece mucho más acertada, se entiende por Deontología Profesional el conjunto de normas de carácter prescriptivo, adoptadas para el ejercicio de una profesión según el punto de vista de quienes la practican. Por consiguiente, en esta segunda concepción, no cuenta tanto la investigación filosófica sobre lo que es bueno o malo sino los criterios comunes sobre los deberes morales específicos que los profesionales creen tener y por los cuales han de responder ante sus colegas y ante el resto de la sociedad. En este caso la Deontología Profesional se confía a la opinión de los propios profesionales, plasmada en Códigos Deontológicos o de buenas prácticas aprobados por los propios Colegios y Profesio-

nales. A la Deontología Profesional, entendida en este segundo sentido, la denomina RODRÍGUEZ-TOUBES *moral corporativa* o *moral social*, que sigue siendo un tratado sobre los deberes morales, pero confiado, en este caso, no a la Ética filosófica, fuente de la moral racional y crítica, sino a la moral positiva de los grupos profesionales.

Tercer sentido: Aún existe un tercer modo de entender la Deontología Profesional: *la Deontología como Derecho*. En efecto, los Códigos Deontológicos, que comienzan siendo una reflexión ética de algunos profesionales sobre las responsabilidades inherentes a los actos de su actividad profesional, terminan finalmente concretándose en un acuerdo corporativo sobre los deberes exigibles a todos los integrantes de la profesión y, de modo natural, estos deberes acaban siendo exigibles no sólo socialmente sino también jurídicamente, como veremos más adelante.

1.2. *Ética Profesional y Deontología:* De lo anteriormente dicho se deduce que no debemos confundir Ética Profesional con Deontología Profesional, pues, aunque, con frecuencia, estos términos suelen utilizarse como sinónimos en realidad no lo son. La Ética Profesional es una disciplina que reflexiona sobre los principios morales y los contenidos normativos de cada colectivo profesional, o lo que es lo mismo, su objeto de estudio es la Deontología Profesional, mientras que cuando hablamos de Deontología Profesional estamos refiriéndonos al «*conjunto de normas vinculantes para un colectivo profesional*». Veamos sintetizadas en un cuadro sus principales diferencias.

Ética Profesional	***Deontología Profesional***
– Su objeto es el estudio, la fundamentación del bien o lo bueno en el ámbito de cada profesión	– Su objeto es establecer el deber o los deberes profesionales concretos en cada profesión
– La Ética es independiente de las normas y regulaciones deontológicas concretas. No la encontramos recogida en normas ni en códigos. No las necesita para su fundamentación y desarrollo sino que las dirige e inspira pues se refiere básicamente a los principios que inspiran la conciencia individual de los profesionales.	– Se encuentra recogida en un conjunto de normas, de carácter prescriptivo, que dan lugar a los «Códigos Deontológicos» orientados al ejercicio de una profesión
– No es exigible a los profesionales de cada colectivo (abogados, notarios, médicos, periodistas....) a no ser que se establezca como disciplina académica en la formación de la diferentes profesiones	– Tales normas y códigos son aprobadas por los profesionales de cada colectivo (abogados, notarios, médicos, periodistas....) y le son exigibles
– Es considerada como una parte de la Ética Aplicada	– Por su carácter normativo se ubica entre la Moral y el Derecho

1.3. *¿Deontología o deontologías?:* Si nos fijamos en el amplio panorama de las diferentes profesiones y sus diversas regulaciones deontológicas, pudiera parecer que existe una pluralidad de deontologías aunque, en realidad la Deontología Profesional es común para cada profesión pudiendo existir diferentes regulaciones de la misma.

Lo que sucede por tanto es la existencia de una Deontología común y múltiples Códigos Deontológicos en cuanto que los códigos son la explicitación de las normas concretas de la Deontología, adaptadas y aplicadas a las profesiones concretas en lugares y circunstancias diferentes. Es en este sentido en el que puede hablarse de *deontología profesional periodística, deontología profesional médica, deontología profesional de los abogados, etc.*

1.4. *Deontología y Códigos Deontológicos:* En definitiva no debemos confundir la *Deontología* con los *Códigos Deontológicos. La Deontología* tiene un carácter más amplio, afecta a toda una profesión (los abogados, los médicos, los periodistas), mientras que los Códigos Deontológicos son la aplicación de la Deontología a un colectivo concreto dentro de una profesión; es decir, regulan las normas deontológicas relativas al «deber», de los miembros de una determinada profesión, en un lugar determinado. Así, mientras se habla de la Deontología Profesional de los abogados, pueden establecerse Códigos Deontológicos diferentes para los abogados de Europa, o para la abogacía española, o francesa, o italiana, incluso pueden existir Códigos Deontológicos distintos para los diferentes Colegios de abogados: Código deontológico de los abogado de Guipúzcoa, Código Deontológico de los abogados de Cataluña, de Andalucía o de Madrid

Los Códigos deontológicos se aprueban por los miembros de los Colegios Profesionales y éstos son los encargados de velar por el cumplimiento de las normas establecidas en los Códigos Deontológicos de las distintas profesiones

2. La codificación de las normas deontológicas

En realidad desde muy antiguo han existido códigos deontológicos, es decir, algún tipo de normas éticas que los profesionales han tenido como pauta de su conducta en el ejercicio profesional. Recordemos por ejemplo el *Juramento Hipocrático* que, durante siglos, ha servido de Código de conducta en el ejercicio de la profesión médica. Pero poco a poco han ido consolidándose determinadas normas, asumidas, exigidas y autorreguladas por los propios colectivos profesionales

Los primeros Códigos Deontológicos se aplicaron después de la segunda guerra mundial como consecuencia de las atrocidades que los profesionales de la medicina (médicos principalmente) practicaron contra las personas, intentando justificarlas en el ejercicio de la investigación, sin ningún tipo de regulación ni control. Ello provocó que, durante la guerra fría se comenzara a estudiar y aplicar la Deontología en Europa.

Puede decirse que, en la actualidad, prácticamente todas las profesiones, han elaborado y desarrollado, con mayor o menor amplitud, sus propios Códigos Deontológicos, y, en este sentido, podemos referirnos al Código Deontológico de los profesionales de la medicina, o a la Deontología Profesional periodística, a la Deontología Profesional de los abogados, de los notarios, de los registradores, de los farmacéuticos, de los psicólogos, etc.

2.1. *¿Son necesarios los Códigos Deontológicos? ¿Por qué deben existir?:* La respuesta a este interrogante no es sencilla, entre otras cosas porque, aunque sea un sentir minoritario, hay quienes opinan que no son necesarios.

Yo entiendo que son muy útiles y se necesitan Códigos Deontológicos en todas las profesiones públicas y en aquellas que, sin serlo, trascienden el ámbito de lo meramente privado ya que el ejercicio de cualquier profesión, para su correcto desempeño, requiere el dominio de una serie de conocimientos de carácter técnico por parte de aquellos que la desempeñan, pero, al mismo tiempo, requiere un comportamiento ético, honesto y responsable con la sociedad, especialmente con aquellos ciudadanos sobre los que repercuten sus acciones. Y también debe existir un compromiso profesional con el resto de sus propios colegas de ejercer con diligencia y honestidad la profesión.

Toda profesión exige un compromiso de responsabilidad y ética, que rebasa la moral estrictamente individual, y que no siempre está regulada por el Derecho. Ello supone que, además de las normas de moral individual, cuya eficacia depende del grado de exigencia personal del propio individuo y más allá de las regulaciones jurídicas de los derechos y deberes impuestos por las leyes del Estado, cabe y es necesario el establecimiento de unos principios éticos y deontológicos rigurosos que determinen un marco de comportamiento más amplio que el estricto marco jurídico y más exigible desde instancias externas que la difusa exigibilidad abandonada exclusivamente a la Ética individual.

2.2. *Utilidad de los códigos deontológicos.* Los códigos deontológicos son útiles:

- Porque permiten a las diversas profesiones asumir compromisos éticos importantes que serán plasmados en normas por los propios profesionales permitiéndoles establecer por sí mismos los parámetros de ética pública a los que deben someterse todos los profesionales.
- Porque permiten ejercer la autocrítica de los comportamientos de sus propios profesionales.
- Porque elevan a categoría de normatividad exigible las conductas éticas relacionadas con el ejercicio de la profesión, sustrayendo las mismas a la decisión ética puramente individual.

- Porque las conductas profesionales son autorreguladas, controladas y exigidas por el propio colectivo profesional.
- Porque permite a los profesionales velar por su prestigio y honorabilidad en momentos de pérdida de prestigio de algunos de sus profesionales. En general la mayoría de los profesionales admiten que los Códigos contribuyen a la buena imagen de la profesión.

Ciertamente la existencia de Códigos Deontológicos y la posibilidad de una aplicación efectiva dentro del círculo profesional o por la organización corporativa, tiene una gran importancia. La sanción moral opera quizá con mayor fuerza, en este caso, que las sanciones jurídicas. En este sentido ha escrito ADELA CORTINA que «*las leyes, aún las democráticas son un mal menor, necesario para poner freno a los irresponsables, pero no resuelven los problemas a largo plazo, porque la gente las considera siempre como algo que viene de fuera. Sólo la convicción de los profesionales de que su actividad es un servicio a la sociedad y no sólo una mercancía; sólo la moralización de las profesiones desde dentro puede brindar una solución duradera*».

En definitiva, los comportamientos de un grupo profesional deben estar siempre regulados por normas recogidas en Códigos Deontológicos, que son fundamentales para su funcionamiento, ya que proporcionan cohesión moral al grupo, a los individuos y a las instituciones. Y en muchas ocasiones son la única garantía –más que el propio Derecho– de defensa de los ciudadanos afectados por los comportamientos de un profesional.

Su importancia, necesidad y utilidad, junto con otros factores, explican, sin duda, la proliferación en la actualidad de los denominados Códigos Deontológicos. Lo que no sucedería si existiese un consenso sobre su inutilidad.

Diremos, para terminar este epígrafe, que la formación moral y ética en cualquier ámbito del ejercicio de una profesión es tan importante, que la Deontología Profesional debería constituir una disciplina en todas las especialidades universitarias o formativas. Y, dada su ausencia en la mayoría de los casos entiendo que se trata de una asignatura pendiente en los estudios universitarios y profesionales.

3. La obligatoriedad de las normas deontológicas

En el ámbito de las sociedades modernas existen, sin duda diferentes tipos de reglas que generan diversos tipos de obligación. Hablamos de normas religiosas, normas morales, reglas de trato social, normas deontológicas, normas jurídicas, etc. Y no nos cabe ninguna duda de que estas últimas, las normas jurídicas, son obligatorias porque, en ellas reside la característica esencial de la coercibilidad. Más aún, la propia Constitución española en su art. 9.1 afirma que «*los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*». Y de la misma

manera que las normas legales vinculan a todos los ciudadanos también los pactos surgidos de la autonomía de la voluntad privada, individual o colectiva, obligan a quienes los asumen. En este sentido no podemos dudar de la obligatoriedad de las cláusulas de un contrato privado, o las disposiciones de un convenio colectivo.

Más difícil resulta, sin embargo, evaluar la obligatoriedad de las conductas reguladas por otros sistemas normativos como la moral, las reglas de trato social o las normas deontológicas. Por ello debemos analizar el sentido de la obligatoriedad de la Deontología.

Lo primero que hay que afirmar, como veremos más adelante, es que en el ámbito de los Colegios Profesionales existen normas deontológicas a las que, sin ser normas legales, de las reconocidas como fuentes del derecho, y no perteneciendo tampoco al ámbito de los acuerdos libres y voluntarios entre ciudadanos (contratos, convenios, estatutos...), la jurisprudencia les reconoce eficacia jurídica. Citemos, por ejemplo, las normativas existentes en los colegios profesionales de los periodistas, de los arquitectos, de los abogados, de los médicos, de los farmacéuticos, de los psicólogos....

Recordemos brevemente los tres sentidos en los que decíamos puede hablarse de Deontología: *Deontología profesional como Ética aplicada, Deontología profesional como moral corporativa* y *Deontología profesional como Derecho*

1º) La Deontología profesional como Ética aplicada es expuesta por ÁNGELA APARISI: «Al referirnos –dice– a la Deontología Profesional adoptamos un criterio amplio, entendiendo por norma deontológica aquella exigencia moral anclada en la naturaleza de una profesión». «Desde esta perspectiva, –sigue diciendo– las normas deontológicas son, básicamente, exigencias de ética profesional. Por ello, al igual que ocurre con las normas morales, se nos muestran *'prima facie'* como un deber de conciencia».

En su obra *Ética y Deontología para juristas*, la autora citada entiende la Deontología Profesional como Ética, es decir, como el conjunto de principios éticos descubiertos por la razón práctica, principios que exigen obrar en conciencia. La obligatoriedad de tales normas depende por tanto del grado de presión interna que cada individuo o profesional esté dispuesto a asumir desde su conciencia. Pero, en todo caso se trata de una decisión individual. Es justo resaltar, sin embargo, que la autora también reconoce el carácter social, e incluso jurídico de algunas normas deontológicas.

2º) La Deontología profesional como moral corporativa: Para J.DE LA TORRE DÍAZ «La Deontología es la Ética aplicada al mundo profesional concretada en unas normas y códigos de conducta exigibles a los profesionales, aprobados por el colectivo de profesionales, que enumera una serie de deberes y obligaciones mínimos para todos los profesionales con algunas consecuencias de carácter sancionador». Evidentemente el autor hace referencias a los otros dos sentidos de la Deontología. Por una parte señala que la Deontología es una Ética aplicada y, por otra, que puede tener consecuencias jurídicas. Pero a la hora de definirla y explicarla la entiende como «las normas compartidas y aprobadas por un colectivo», e insiste en que no debe ser confundida con la Ética Profesional.

El alcance de la obligatoriedad de las normas vendrá determinado por la voluntad del colectivo expresado en los propios Códigos Deontológicos. En general estas normas sí tienen, al menos un alcance disciplinario y en muchas ocasiones y, a veces, como veremos a continuación, poseen alcance y obligatoriedad jurídica.

3º) *La Deontología Profesional como Derecho:* Esta concepción es mantenida por SANCHEZ–STEWAR para quien «La Deontología no es Filosofía, ni siquiera Filosofía del Derecho. Es Derecho puro, inspirado, como en la mayor parte de las normas, en principios de contenido».

Es cierto que el autor valora la influencia de la Filosofía Ética y tiene muy en cuenta la contribución de los Colegios Profesionales al determinar las normas deontológicas, pero, a su juicio, el sentido último de los Códigos Deontológicos es el de normas jurídicas que regulan la conducta profesional.

Cabría preguntarse ahora ¿Cuál de las tres diferentes concepciones de la Deontología Profesional es la más importante? En mi opinión ninguna de las tres acepciones puede priorizarse, pues cualquiera de ellas puede ser válida. No obstante considero que se trata de tres modos o perspectivas diferentes de entenderla. Pero los tres enfoques descritos no sólo son compatibles sino que son complementarios. Por ello, en el discurso deontológico, cabría utilizar cualquiera de los tres sentidos –ético, corporativo y jurídico– según convenga y sea más adecuado a la situación, evitando en cualquier caso la confusión entre ellos.

De este modo, uniendo los tres sentidos de la Deontología, que constituyen percepciones diferentes de la misma realidad, «Lo que comienza siendo –dice RODRÍGUEZ-TOUBES– la meditación ética de unos profesionales sobre las responsabilidades inherentes a su trabajo, se concreta luego en un acuerdo corporativo sobre los deberes requeridos a todos ellos y, de modo natural, estos deberes acaban siendo exigibles no sólo socialmente, sino también jurídicamente».

La consideración jurídica de los Códigos Deontológicos es algo ya asumido en muchos países, incluida España, unas veces porque los Colegios Profesionales, a quienes corresponde aprobar las normas deontológicas, son considerados como entidades públicas; en otras ocasiones porque los propios Códigos Deontológicos son aprobados mediante Decretos u otro tipo de disposiciones jurídicas y publicados en los correspondientes Boletines.

Más aún, también los Tribunales de Justicia avalan la juridicidad de los Códigos Deontológicos. Baste citar, entre otras muchas, la STC 219/1989, de 21 de diciembre, en la que se hace patente que «*las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios Profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencia en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega a favor de los Colegios*».

En definitiva, las obligaciones deontológicas, tal como se plasman en los Códigos de conducta aprobados corporativamente, llegan a ser obligaciones jurídicas.

V. DEONTOLOGÍA DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS

Como venimos afirmando la Deontología establece los deberes morales de los profesionales. Así la Deontología Jurídica determina cuales son los deberes de los profesionales del Derecho y, dentro de ella, que comparte unos principios deontológicos comunes, pueden existir, a su vez, diferentes campos de actuación, dando lugar a otras tantas regulaciones deontologías profesionales: Deontología Profesional de los Abogados, Deontología Profesional de la Magistratura, Deontología Profesional de los Fiscales, Deontología Profesional de los Registradores, de los Notarios, de la Función Pública, de los Gobernantes, etc.

Es obvio que no podremos detenernos en el recorrido histórico de todas ellas ni en el análisis pormenorizado de su regulación. Ni es el lugar ni el espacio nos lo permite. Bastará con constatar su existencia y apuntar los principales rasgos de algunas de ellas que nos permitan tomar conciencia de su situación actual.

1º) Código de Deontología de la Abogacía: En la mayoría de los países existen uno o varios Códigos Deontológicos de los abogados, en función de la distribución y el alcance territorial que tengan los Colegios Profesionales de la abogacía. Existen, además Códigos Deontológicos supranacionales como por ejemplo el «*Código de Deontología de los Abogados de la Unión Europea*». Este Código fue adoptado el 28 de octubre de1988 y modificado el 28 de noviembre de 1998 y el 6 de diciembre de 2002.

Pero veamos cual es la normativa de carácter deontológico de los abogados en España. Los abogados españoles están obligados a respetar los principios éticos y deontológicos de la profesión establecidos en el «*Estatuto General de la Abogacía Española*», aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, en el «*Código de Deontología de los Abogados de la Unión Europea*», y en el «*Código Deontológico de la Abogacía Española*» aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 27/11/2002 y modificado el 10/12/2002, en los que en su caso hubieren aprobado el Consejo de Colegios de la Autonomía, y los del concreto Colegio al que esté incorporado cada abogado.

Por otra parte, cuando el abogado actúe fuera del ámbito del Colegio de su residencia, dentro o fuera del Estado español, deberá respetar, además de las normas de su Colegio, las normas éticas y deontológicas vigentes en el ámbito del Colegio de acogida o en el que desarrolle una determinada actuación profesional.

En el Código Deontológico de la Abogacía Española se recogen como principios fundamentales del ejercicio de la profesión de abogado la independencia, la dignidad, la integridad, el servicio, el secreto profesional y la libertad de defensa.

La independencia del abogado resulta tan necesaria como la imparcialidad del juez, dentro de un Estado de Derecho. El abogado en su ejercicio profesional debe actuar con total libertad e independencia, sin otra servidumbre que el ideal de justicia. En ningún caso debe actuar coaccionado ni por complacencia.

La honradez, probidad, rectitud, lealtad, diligencia y veracidad son virtudes que deben adornar cualquier actuación del abogado. Ellas son la causa de las necesarias relaciones de confianza abogado-cliente y la base del honor y la dignidad de la profesión.

El abogado debe actuar siempre honesta y diligentemente, con competencia, con lealtad al cliente, respeto a la parte contraria, guardando secreto de cuanto conociere por razón de su profesión. Y si cualquier abogado así no lo hiciere, su actuación individual afecta al honor y dignidad de toda la profesión

El secreto profesional y la confidencialidad son deberes y, a la vez, derechos del abogado, que no constituyen sino concreción de los derechos fundamentales que la Constitución y el ordenamiento jurídico reconoce a sus propios clientes y a la defensa como mecanismo esencial del Estado de Derecho. Todo aquello que le sea revelado por su cliente, con todas sus circunstancias, más todo aquello que le sea comunicado por otro abogado con carácter confidencial, deberá mantenerlo en secreto.

Correspondiendo a los principios fundamentales de la Abogacía se regulan las bases de las incompatibilidades y de la publicidad personal. El abogado no puede poner en riesgo su libertad e independencia, su lealtad al cliente, ni el secreto profesional y, por ello, el Código Deontológico le prohíbe desarrollar funciones que de modo directo o indirecto le creen cualquier tipo de presión física ó anímica que pueda poner en riesgo su independencia, o la revelación de cualquier dato secreto que no solo podría perjudicar intereses particulares de los clientes sino que, además, afectaría gravemente a la confianza de los ciudadanos en el derecho de defensa, y por extensión a todo el sistema de garantías.

En el vigente Código Deontológico se establecen las bases de normas deontológicas para la publicidad personal del abogado, solo en cuanto afecta a la Deontología Profesional. La publicidad habrá de respetar los principios de dignidad, lealtad, veracidad y discreción, salvaguardando en todo caso el secreto profesional y la independencia del abogado.

La independencia del abogado está íntimamente ligada con el principio de libertad de elección. El abogado es libre de asumir la dirección de un asunto y el ciudadano lo es también de encomendar sus intereses a un abogado de su libérrima elección y cesar en la relación profesional en el momento que lo crea conveniente. Pero esta absoluta libertad no puede poner en riesgo el propio derecho de defensa Por ello debe evitarse que, entre la actuación profesional de un abogado y la de su sustituto, se produzca un vacío y, si se produjera, se procurará una información suficiente al abogado sustituto en beneficio siempre de los intereses objeto de defensa y del cliente.

El abogado debe tener siempre presente la alta función que la sociedad le confía, que supone nada menos que la defensa efectiva de los derechos individuales y colec-

tivos cuyo reconocimiento y respeto constituye la espina dorsal del propio Estado de Derecho. Por ello sólo puede encargarse de un asunto cuando esté capacitado para asesorarlo y defenderlo de una forma real y efectiva, lo que le obliga a adecuar e incrementar constantemente sus conocimientos jurídicos, y a solicitar el auxilio de los compañeros expertos, si lo precisa.

Se regula también la tenencia de los fondos de clientes, manteniéndolos identificados, separados de los propios del bufete, y siempre a su disposición, lo que, contribuirá a la transparencia en la actuación del abogado, fortaleciendo la confianza de su cliente.

Se incluyen, además, normas deontológicas reguladoras de las obligaciones y relaciones del abogado con el Colegio, con los Tribunales, con los compañeros o con los clientes. En relación con estos últimos se concretan las obligaciones de información, se incrementan las precauciones para evitar el conflicto de intereses protegiendo la responsabilidad e independencia del abogado, estableciendo mecanismos que permitan identificar claramente el comienzo y final de su actuación y por tanto de su responsabilidad, y, sobre todo, insistiendo en el reconocimiento de su libertad para cesar en la defensa cuando no desee continuar en ella.

2º) *Normas deontológicas de los Registradores:* El Colegio de Registradores de la Propiedad, es la consecuencia histórica del asociacionismo profesional de los Registradores presente ya en *la Ley y Reglamento Hipotecarios de 1861*. En los antiguos artículos 560-562, se hablaba expresamente de fines ético-profesionales, tales como *«velar por el fiel y exacto cumplimiento de los deberes...»*, *«robustecer los lazos de unión»*, *«cuidar por la pureza del sistema inmobiliario»*, etc. Es un tono, como se ve, de carácter moral y afectivo.

Por Real Decreto 2556/1997, de 27 de agosto, aquellos preceptos quedaron modificados, resumiéndose en el punto 1º del art. 562, aquellos fines éticos más generales, como organizar la comunicación entre Colegiados, robustecer los lazos de unión y compañerismo. Y se dan al Colegio más funciones técnico – administrativas.

No obstante, por Real Decreto de 14 de abril de 1997 quedaron aprobados los *«Estatutos Generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España»*, que, junto con los preceptos del *Reglamento Hipotecario*, pueden considerarse ya todo un Código de normas deontológicas.

Al señalar sus fines y funciones, en el punto 1º, en el que sobrevive cierta referencia ético moral, precisa: *«coordinar el ejercicio de la actividad profesional de los Registradores, velando por la ética y dignidad profesional y por el correcto ejercicio de sus funciones»*. Y en el 2º, *«procurar la permanente mejora de las actividades profesionales... necesarias para la actualización y modernización de dichas actividades»*.

Toda la historia, y la propia estructura colegial permite estimular y establecer unas garantías ético-morales del Registrador. Aun cuando han ido desapareciendo algunas pautas sobre comportamientos individuales, y aún de carácter social debe resaltarse que el Colegio mantiene la trascendencia ética de la función de Registradores –tam-

bién de los Notarios– lo cual entiende que forma parte de una Deontología Profesional de Juristas más general. Hay que advertir que Registradores y Notarios, aun dentro de su «soberanía profesional» y «diversidad de funciones», han caminado muy cerca a lo largo de la historia.

3º) Normas deontológicas de los Notarios: La inquietud por fijar los criterios éticos que están viviendo todas las profesiones, se aprecia con especial intensidad en el Notariado de principios del siglo XXI, por razón de los múltiples retos y oportunidades que tiene ante sí: rapidez del tráfico jurídico, imperante economicismo, creciente desequilibrio en las relaciones jurídicas, aplicación de nuevas tecnologías, etc..., lo que se manifiesta con igual intensidad en el ámbito internacional.

Las fuentes esenciales de la Deontología Notarial son la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, y el Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, modificado por el nuevo Reglamento Notarial (considerado como el Estatuto General de la Función del Notariado) aprobado por Real Decreto 45/2007 de 19 de enero y los acuerdos adoptados por las Juntas de Decanos de los Colegios Notariales de España y el Consejo General del Notariado.

En la exposición de motivos del Reglamento Notarial se resalta el ejercicio de la fe pública notarial, como función y servicio público. Por ello la normativa reguladora del régimen disciplinario de los Notarios se establece fundamentalmente en la *Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social,* que permite calificar como funcionarial el régimen disciplinario notarial y contiene numerosos tipos infractores que expresan conceptos deontológicos con alcance disciplinario.

Son los Colegios Notariales y el Consejo General del Notariado, en ejercicio de sus funciones de ordenación, los que han de velar por la ética y dignidad en la actuación de los Notarios, bajo la consideración de que la actividad notarial es un servicio público y, por tanto, debe inspirarse en la primacía de los intereses generales.

A tal efecto es preciso que los notarios actúen siempre con ciencia y conciencia, lo que supone por una parte que deben estar dotados de conocimientos amplios y suficientes para el cometido fundamental de su ejercicio y, por otra de todas aquellas cualidades éticas que le permitan velar por la legalidad y la seguridad jurídica en el ejercicio de la «fe pública».

Por todo ello, *además de los deberes comunes de todos los profesionales públicos* de respetar los derechos humanos *tienen, a su vez, el deber de veracidad* (imprescindible en el ejercicio profesional del notario que consiste en dar fe pública de la veracidad de los documentos y los hechos en que interviene), *el deber de diligencia y eficacia, el deber de secreto, el deber de imparcialidad, el deber de rectitud, el deber de respeto a los clientes, a los compañeros y a sus superiores, el deber de compañerismo, solidaridad y lealtad, el deber de conservación de los documentos, el deber de claridad, el deber de establecer honorarios justos y adecuados, el deber de estudio y formación continua,* etc.

Y si incurrieran en incumplimiento de sus deberes los Órganos de Gobierno del Notariado aplicarán las normas deontológicas, activando no sólo las medidas sancionadoras sino también las de seguimiento, recordatorio y reflexión continua sobre los deberes en el ejercicio de la función

Referencias bibliográficas

Si desea ampliar profundizar o contrastar las explicaciones de este tema puede encontrar ayuda en

AA.VV. *Ética de las profesiones jurídicas*, (dos Vol.), Univ. Católica de Murcia, 2003.

APARISI MIRALLES, A, *Ética y deontología para juristas*, Eunsa, Pamplona,, 2006.

CORTINA A., *Diez palabras clave en Ética*, 3ª edic., Ed. Verb Divino, Estella, 1994.

CORTINA A., *Ética mínima. Introducción a la Filosofía práctica*, 13ª edic., ed. Tecnos, Madrid, 2008.

DE LA TORRE DÍAZ, F.J., *Ética y deontología jurídica*, DYKINSON, Madrid, 2000.

DE LA TORRE DÍAZ, F. J., *Deontología de abogados, jueces y fiscales*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2008.

GUISÁN, E., *Introducción a la Ética*, Ed. Cátedra, Madrid, 1995.

JUNQUERA DE ESTÉFSNI, R. (Coord.) *Ética y Deontología Públicas, Edit. Univeritas, Madrid, 2011.*

Normas de conducta para la Vida Pública (Informe NOLAN), Documentos INAP, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ ARANA, J. *La dimensión ética*, DYKINSON, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, JOAQUÍN, «Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (CEFD), Nº 20, 2010, pgs. 92-119.

SÁNCHEZ-STEWART, N., *La profesión de Abogado, vol. 1: Deontología, Valores y Colegios de Abogados*, Madrid, Difusión Jurídica, 2008.

SANTAELLA LÓPEZ, Manuel, *Ética de las profesiones jurídicas*, Universidad Complutense y Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.

Ejercicios de autoevaluación

1. Cuál es la diferencia entre Ética y Moral. Explique la respuesta.
2. Explique cuál es el contenido de Ética Pública.
3. ¿En qué sentido se habla de la Deontología Profesional como Ética aplicada?
4. ¿Cree Vd. que son necesarios los Códigos Deontológicos? ¿Por qué?
5. ¿Existe alguna obligación jurídica de obedecer los Códigos Deontológicos? Explique la respuesta.
6. Aporte algunas razones por las que consideramos importante la existencia de una Deontología Profesional.
7. ¿Existe alguna diferencia entre Ética Profesional y Deontología Profesional? Explique la respuesta.
8. ¿Qué funciones cumplen los códigos deontológicos?
9. Entre los principios de actuación comunes a todas las profesiones se encuentran...
10. ¿En qué sentido son obligatorias las normas deontológicas?

UNIDAD DIDACTICA V
LAS CIENCIAS DEL DERECHO

Objetivo general de la Unidad V

En esta Unidad, constituida únicamente por un tema, nos hacemos la pregunta de si es posible o no conocer el Derecho. Si la respuesta es afirmativa, que para los autores de este libro lo es, daremos cuenta de los diversos campos de análisis, diferenciando las ciencias jurídicas –y sus respectivas peculiaridades– de la reflexión filosófica sobre el fenómeno jurídico.

TEMA 14.
El conocimiento jurídico

Josu Cristóbal De Gregorio

Sumario

I. *Panorama de los saberes jurídicos en la actualidad.* II. *El sentido y la función de las ciencias del Derecho.* 1. Distintas concepciones de la ciencia jurídica. 2. Principales manifestaciones de la ciencia jurídica. 2.1. Dogmática jurídica. 2.2. Derecho comparado. 2.3. Teoría General del Derecho. 2.4. Sociología del Derecho. III. *Sentido y función de la reflexión filosófica sobre el Derecho.* 1. La Filosofía del Derecho como disciplina autónoma. 2. Principales ámbitos de proyección de la reflexión iusfilosófica. 2.1. Teoría del Derecho. 2.2. Teoría del conocimiento jurídico. 2.3. Axiología jurídica.

Objetivos

Como se explica extensamente en el capítulo segundo, el Derecho es una realidad pluridimensional que no puede ser reducida a su dimensión normativa, ya que, junto a ésta, el fenómeno jurídico presenta otros aspectos relevantes que no pueden ser desatendidos. Por tanto, los diferentes saberes que toman al Derecho como objeto propio de conocimiento van a diversificar sus enfoques atendiendo a dichas dimensiones (normativa, fáctica, y valorativa), con el objetivo de colaborar en la aprehensión de la experiencia jurídica en un sentido integral.

Así pues, en la presente lección nos centraremos en el estudio de diferentes saberes, en aquellas disciplinas que han logrado su mayor autonomía en el panorama general del conocimiento jurídico. Analizaremos, de forma somera, las diferentes ciencias jurídicas (en plural) y sus respectivas peculiaridades, así como la necesaria diferenciación de todas ellas con la reflexión filosófico-jurídica.

Resumen

El Derecho, como cualquier otro fenómeno cultural, se constituye en objeto de conocimiento para diferentes *saberes o disciplinas*. Todas y cada una de ellas van a atender a las diversas *dimensiones* que –como vimos en capítulos anteriores– presenta el fenómeno jurídico.

Lógicamente, el *conocimiento científico* sobre el Derecho se ha visto afectado por las visiones que se han sostenido históricamente acerca de la ciencia en general, lo que explica las diferentes manifestaciones de la ciencia jurídica. Pero con una problemática particular, debido fundamentalmente a las peculiaridades propias de su objeto.

Diversas *ciencias jurídicas* se van a centrar en el análisis de las normas que conforman los diversos ordenamientos jurídicos (dimensión normativa), alcanzando en su labor diferentes niveles de abstracción. Es el caso de la *Dogmática jurídica*, el *Derecho Comparado* y la *Teoría General del Derecho*. La *Sociología Jurídica*, en cambio, adoptará un punto de vista externo, desde donde contemplará el fenómeno jurídico como un hecho social (dimensión fáctica).

En un sentido general, la *Filosofía* se hace cargo de una función imprescindible que excede las posibilidades del conocimiento científico, la reflexión *crítico-valorativa*. En este ámbito, las diferentes *disciplinas filosófico-jurídicas –Teoría del Derecho, Teoría de la Ciencia Jurídica* y *Axiología Jurídica*– van a condensar el análisis integral de la experiencia jurídica.

I. PANORAMA DE LOS SABERES JURÍDICOS EN LA ACTUALIDAD

En nuestro idioma la palabra «*Derecho*» posee varios significados, aunque nadie negaría que su sentido primero y primordial es el de conjunto de normas coactivas apoyadas por la fuerza del Estado. Sin embargo, tal predominio del modo normativista de entender el fenómeno jurídico no puede ocultar que el mismo, en tanto objeto de conocimiento, constituye una realidad pluridimensional compleja que presenta diferentes dimensiones[1] siempre perceptibles, y susceptibles de ser aprehendidas desde diferentes acercamientos analíticos. Es el caso, como veremos, de los diferentes *saberes jurídicos*, que a pesar de proyectarse sobre el mismo objeto de estudio (el Derecho) presentan evidentes particularidades en cuanto a su enfoque teórico y metodológico.

Lógicamente, la afirmación de la pluridimensionalidad del Derecho no implica el desconocimiento de la importancia de su inherente estructura normativa, sino más bien el reconocimiento de que los distintos saberes atienden a cada una de sus dimensiones señaladas –normativa, fáctica y axiológica– con el objetivo de ofrecer explicaciones imprescindibles, aunque parciales del fenómeno jurídico. Todo lo cual

[1] Sobre la pluridimensionalidad del Derecho, hemos tratado de forma extensa en el capítulo 2.

resulta inmediatamente perceptible si contemplamos las diversas disciplinas que se han centrado en cada una de las dimensiones que conforman la experiencia jurídica, y que nos llevará a diferenciar las distintas ciencias jurídicas (en plural) de la reflexión filosófica sobre el Derecho. En conclusión, no existe una única disciplina que se refiera al Derecho, sino diferentes saberes jurídicos con estatutos epistemológicos distintos, es decir, sujetos a métodos y perspectivas diversas a través de las cuales se desarrolla la actividad del conocimiento jurídico:

Dimensión normativa – Las disciplinas que se centran en las normas jurídicas –contempladas siempre como enunciados de *deber ser*– son la *Dogmática Jurídica* o Ciencia Jurídica en sentido estricto, el *Derecho Comparado* y la *Teoría General del Derecho*.

Dimensión fáctica– El Derecho es obra humana, producto de una cultura determinada, que nace y se desarrolla en el seno de unas concretas circunstancias sociales y para responder a unas necesidades específicas. En este sentido, puede ser contemplado como un hecho social entre otros, cuestión determinante para aquellas disciplinas pertenecientes a la rama de las ciencias sociales, como la *Sociología Jurídica*.

Dimensión valorativa– Si el Derecho pretende proteger una serie de valores considerados fundamentales para la convivencia humana pacífica, es a la *Filosofía del Derecho* a quien le corresponde como tema central de estudio –entre otros– la dimensión valorativa del fenómeno jurídico. Así, la axiología jurídica, como parte fundamental de esta disciplina, se centrará, como veremos, en el valor de la justicia, construyendo destacadas teorías en torno a la misma.

II. EL SENTIDO Y LA FUNCIÓN DE LAS CIENCIAS DEL DERECHO

1. Distintas concepciones de la ciencia jurídica

¿Es posible un conocimiento *científico* sobre el Derecho? La pregunta no es trivial puesto que la respuesta no es obvia, como demuestran los intensos debates acerca del estatuto epistemológico de las ciencias jurídicas. Dejando al margen las cuestiones de «inflación de legitimidad» (que han revestido de un manto indiscutible de prestigio social a ciertas disciplinas, como es el caso de la Economía o la Psicología), lo cierto es que la respuesta ha venido condicionada por el concepto mismo de ciencia triunfante en cada momento histórico. Dos puntualizaciones previas son necesarias. Por un lado, se trata de un problema ceñido exclusivamente a la Modernidad, ya que durante la antigüedad y Edad Media el conocimiento teórico del Derecho era inescindible de su práctica, de suerte que la actividad de los juristas se concebía más bien como un arte o una técnica. Y por otro, es evidente que la cientificidad que se predica de ciertas disciplinas no constituye una categoría inmutable o ahistórica, con la consecuencia de que los juristas teóricos han debido ir confrontando su actividad con

lo que en cada época ha tenido nombre y reconocimiento de ciencia. Y, como veremos, el resultado no siempre ha sido plenamente satisfactorio.

– Como es sabido, la estricta concepción *racionalista* de la ciencia, propia de los siglos XVII y XVIII, buscaba describir aquellas leyes físico-naturales –universales, necesarias y accesibles a la razón humana– capaces de dar cuenta de un mundo concebido como un sistema ordenado. Se comprende entonces que el objeto de estudio del jurista –el Derecho positivo–, provisto siempre de los caracteres de convencionalidad, contingencia y mutabilidad, quedara seriamente cuestionado como objeto de apropiación científica. La consecuencia de esta insatisfacción fue la aparición de nuevas *doctrinas iusnaturalistas* (racionalistas) que reinaron de forma indiscutible en dicho periodo precisamente por acomodarse a la concepción racionalista y mecanicista dominante. Según sus cultivadores, de forma semejante a las leyes físicas que dirigen el universo existían normas que regulaban el comportamiento humano y que conformaban el auténtico ordenamiento jurídico, el Derecho Natural, previo y superior al Derecho positivo. Es fácil ver cómo dicho Derecho, inscrito en la propia naturaleza del hombre y dotado de las características de necesidad, universalidad e inmutabilidad, se constituía como objeto de conocimiento idóneo, ya que sus leyes eran susceptibles de ser descubiertas mediante el adecuado procedimiento deductivo, y enunciadas por la única ciencia jurídica posible para la mentalidad racionalista: la *ciencia del Derecho Natural*. Pero con el paso del tiempo, dicha proyección del fenómeno jurídico en el terreno de la naturaleza universal, fuera de la experiencia histórica, terminó siendo una gran complicación para la nueva mentalidad positivista surgida en el siglo XIX. Y ello porque, como señala Bobbio, suponía la problemática separación del conocimiento jurídico en dos partes, «por un lado se creó un nuevo saber que por ser verdadero no era jurídico (Derecho Natural), y por otro lado se mantuvo el saber tradicional que por ser jurídico no era verdadero (Jurisprudencia)».

– Pero tampoco la concepción *positivista* de la ciencia, propia del siglo XIX, permitió una inicial y feliz inserción de la actividad de los juristas teóricos en su seno. Contrarios a toda la especulación metafísica anterior (y por tanto al Derecho Natural), los positivistas consideraban que el conocimiento científico debía estar basado siempre en la experimentación, en el riguroso análisis de los hechos del que es posible extraer leyes –no inmutables– regulares o generales. La consecuencia, en este caso, fue que las concepciones normativistas de la ciencia jurídica –que no se centraban en hechos verificables sino en abstractas fórmulas legislativas – parecían quedar fuera de los cánones prescritos por la nueva metodología positivista. Y por esta razón no faltaron las opiniones que consideraban que las únicas ciencias del Derecho posibles eran aquellas disciplinas empíricas que conseguían reducir el Derecho a los hechos, sean éstos sociales o psicológicos, es decir, la *Sociología* o la *Psicología Jurídicas*.

No obstante, la semilla del positivismo jurídico estaba sembrada, y con ella el ocaso del iusnaturalismo racionalista[2]. Con el paso de los años, el nuevo *positivismo normativista* construyó una estricta concepción formalista del conocimiento jurídico despojado de cualquier enfoque valorativo o sociológico, y cuyo objeto central de estudio vendría constituido por la estructura lógica de las normas positivas. Y con un objetivo concreto, como era la formulación de proposiciones normativas (enunciados que describen las normas), susceptibles todas ellas –a la luz de la lógica racional– de verdad o falsedad (al contrario que las normas, que –obviamente– nunca pueden ser verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas). De esta manera, y de la mano de afamados juristas como Kelsen, se sentaban presuntamente las bases definitivas para afianzar las condiciones de posibilidad de un auténtico y puro[3] conocimiento científico sobre el Derecho. Pero tampoco estas visiones acerca del Derecho y la ciencia jurídica han permanecido exentas de crítica durante el convulso siglo XX, en especial tras la segunda guerra mundial. Unido a los profundos cambios en la estructura social, la crisis del modelo empirista de ciencia, así como el progresivo cuestionamiento de la metodología y la lógica tradicionales, han venido a socavar el ingenuo formalismo propio del modelo positivista decimonónico.

– En resumen, no existe un concepto universal y ahistórico de ciencia que consagre las reglas que todas las disciplinas deben respetar para merecer el título de científicas. El pensamiento, así como las propias concepciones de la ciencia, está inmerso en la historia, y se modifica en función de variables históricas. Pero es un hecho que, en la actualidad, la epistemología[4] ha terminado flexibilizando considerablemente la misma noción de ciencia, de tal manera que el acceso al «olimpo científico» resulta mucho menos exigente. De este modo, aunque sigue siendo evidente que la presunta cientificidad del conocimiento jurídico tiene un sentido muy distinto de aquél que se predica de las ciencias naturales o formales, la mentalidad científica contemporánea no impide –por lo menos categóricamente– la inclusión en su seno de los distintos saberes jurídicos. Y ello porque, en un sentido general, la labor del científico no consiste ya en demostrar la correspondencia de una enunciación con una verdad objetiva, necesaria o universal (sea una idea o un hecho), sino que tiene que ver más bien con el rigor del lenguaje y la coherencia de los métodos y las proposiciones científicas. En suma, el conocimiento científico ha de estar metodológica y sis-

[2] A ese final contribuyeron, sin duda, posiciones doctrinales tan importantes como las de la Escuela de la Exégesis (Francia), la Escuela histórica del Derecho y la Jurisprudencia de Conceptos (Alemania), o la Jurisprudencia analítica (Gran Bretaña).

[3] No hay que olvidar que la obra más conocida de Kelsen, no exenta de críticas en los últimos años, lleva por título «Teoría pura del Derecho» (1934). Como él mismo escribe, «al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del Derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del Derecho positivo».

[4] La epistemología es aquella parte de la filosofía que estudia los principios, fundamentos y métodos del conocimiento científico.

temáticamente contrastado, y es en este sentido en el que las ciencias jurídicas, tanto en su vertiente normativista como histórico-sociológica, pueden predicar de sí mismas una serie de características propias, un mínimo común denominador de la cientificidad de su saber: generalidad, objetividad, verificabilidad, previsibilidad, sistematicidad, estabilidad, etc.

Sea como fuere, quizás no es tan insensata la opinión de todos aquellos autores que consideran que lo verdaderamente importante es la función social, el progreso y la utilidad del conocimiento jurídico, y no tanto su honorable calificación de científico[5]. Precisamente, en relación con dicha utilidad debemos hacer referencia, en términos muy generales, a las funciones que cumplen las ciencias jurídicas. En primer lugar, y muy singularmente, una función *descriptiva*, condensada en el análisis, comprensión y descripción sistemática del Derecho vigente en un determinado territorio, o algún sector concreto del mismo. Pero dicha función no debe entenderse como una actividad teórica alejada de la praxis, pues las ciencias jurídicas tienen, desde su origen, una indiscutible función de *orientación práctica*, encaminada directa o indirectamente a la resolución de problemas jurídicos. Es difícil negar hoy en día que la actividad de juristas, sociólogos o historiadores del Derecho, tiene influencia, en mayor o menor medida, en la actividad de interpretación y aplicación del Derecho. Y, por último, las ciencias jurídicas poseen también una cierta función de *orientación prescriptiva*, al poner de manifiesto los problemas jurídicos que no cuentan con una solución satisfactoria en el seno del Derecho vigente, sugiriendo así los oportunos cambios legislativos o jurisprudenciales.

2. Principales manifestaciones de la ciencia jurídica

Dentro de la Ciencia del Derecho en general, que toma siempre como objeto de análisis las normas positivas vigentes, es posible distinguir tres disciplinas con diferentes niveles de abstracción: *la Dogmática Jurídica, el Derecho comparado* y *la Teoría general del Derecho*. Y como ya se ha mencionado, existe también un conocimiento científico que se centra en la dimensión de hecho social que caracteriza a lo jurídico, la *Sociología del Derecho*. Trataremos, pues, de todas ellas, teniendo siempre en cuenta que esta enumeración no es exhaustiva[6].

---

[5] Como señala Calsamiglia, «el conocimiento no es necesario que sea científico para resultar importante y útil. En una sociedad como la actual, impregnada de ideología utilitarista, la dogmática (Ciencia Jurídica) existe porque tiene una función social relevante. Cuesta creer que una actividad de tanta envergadura sólo sea financiada para mantener un gremio parasitario. Probablemente se paga a los juristas y se dedican fondos estatales para su formación porque su actividad –sea científica o no– reviste importancia».

[6] Existen otras disciplinas que reclaman un lugar en el panorama del conocimiento jurídico, con mayor o menor autonomía. Es el caso de distintas ramas de las ciencias sociales o humanas (*Historia del*

2.1. *Dogmática jurídica*

Con independencia de su estatuto epistemológico, las investigaciones propias de la Dogmática Jurídica (o ciencia del Derecho en sentido estricto) poseen una larga tradición histórica. Sus orígenes se pueden rastrear en los últimos años de la antigua república romana, periodo en el que los juristas se ocupan por primera vez de dotar a los diferentes materiales normativos de un alto grado de firmeza y racionalización. Pero es la unidad cultural cristiana propia del pensamiento jurídico medieval –más concretamente la labor de glosadores y comentaristas en torno al Derecho romano– la que impulsará su efectivo desarrollo. Sin embargo, el curioso calificativo de *Dogmática Jurídica* (*Rechsdogmatik*) es mucho más reciente, fruto de la doctrina jurídica alemana del siglo XIX, y cuyas raíces terminológicas están vinculadas a la acepción teológica del término dogma. Así, de la misma manera que los teólogos adoptan sus materiales dogmáticamente de la revelación divina, los juristas los reciben del legislador, sin posibilidad de cuestionarlos o sustituirlos, por lo que deben limitarse a construir con ellos un sistema unitario y coherente.

En términos generales, la Dogmática Jurídica se va a centrar en el estudio del Derecho vigente en un determinado territorio, más concretamente en el análisis sistemático del contenido material de las normas jurídicas dadas. En consecuencia, su cometido principal será la interpretación, explicación y sistematización de los materiales normativos en los que se concreta dicho Derecho positivo, ya sea en un ordenamiento jurídico determinado (Derecho español, Derecho alemán), o en sectores concretos de cada sistema jurídico (Dogmática Civil, Dogmática Penal). No es posible, por tanto, hablar de una Dogmática «general» del Derecho, ya que cada sistema o sector jurídico concreto tiene su propia regulación jurídica y, en consecuencia, su propia dogmática. Pero, dicha visión de la disciplina no puede llevarnos a atribuir a la misma un carácter meramente *teórico*, con intereses puramente cognoscitivos que se limitarían a describir el Derecho vigente. Como sabemos, la finalidad del Derecho es la *aplicación práctica* del contenido material de sus preceptos, y ese destino final no puede ser perdido de vista por la Dogmática. Cumple también, por consiguiente, importantes *funciones prácticas*.

- Desde luego, la Dogmática posee una innegable función *descriptiva*, que se revela en la explicación pormenorizada de aquello que prescriben las normas jurídicas, de su contenido material. Pero unido a esto, resulta evidente que las distintas normas jurídicas no son elementos aislados dentro del conjunto del

---

Derecho, Psicología Jurídica, Antropología Jurídica); o de ciencias formales (*Lógica Jurídica*); o saberes que utilizan métodos provenientes de otras disciplinas (*Análisis económico del Derecho*); o resultado de la aplicación de innovaciones tecnológicas (*Informática Jurídica*).

que forman parte, sino que tienen intrínsecas relaciones que deben ser analizadas. Es necesaria, por este motivo, una función de *ordenación y sistematización* de los materiales normativos propios de su ámbito.

- A pesar de que el estricto positivismo jurídico –en su afán de construir un saber científico objetivamente neutral exento de valoraciones– asignara a la Dogmática jurídica tareas meramente descriptivas y conceptuales en relación con las normas positivas, lo cierto es que traspasa la barrera de lo meramente descriptivo para asumir, en cierta medida, funciones *prescriptivas*. Por un lado, nadie duda hoy en día que entre sus cometidos se cuenta el de suministrar diferentes criterios para una correcta *interpretación* y *aplicación* del Derecho, lo que implica siempre una cierta actividad valorativa, así como de orientación y crítica de las decisiones judiciales. Y por otro lado, realiza también propuestas de *lege ferenda*, encaminadas a solucionar problemas mediante las oportunas reformas legislativas.
- Por último, y en estrecha relación con lo dicho, no podemos olvidar que la problemática de la ciencia jurídica no es exclusivamente de orden epistemológico, debido fundamentalmente a las peculiaridades de su objeto. Así, en cierto sentido, el Derecho puede ser definido como el lenguaje del poder, cuestión que nos lleva a reconocer la *función jurídico-política o ideológica* que puede cumplir la Dogmática en la construcción de conceptos y categorías para la justificación del orden establecido.

2.2. *Derecho comparado*

A diferencia de la Dogmática Jurídica, cuyo objeto de estudio se limita a un único ordenamiento jurídico, el Derecho Comparado constituye una especialidad de la Ciencia Jurídica general que se centra en analizar varios ordenamientos vigentes en una época determinada, con el objetivo de establecer nexos y divergencias entre los mismos. Partiendo de los mismos materiales que la Dogmática y utilizando las construcciones conceptuales que ésta proporciona, se dedica a confrontar, a establecer comparaciones jurídicas –de ahí su nombre– entre los distintos elementos empírico-normativos (normas, principios, instituciones) que conforman los distintos Derechos nacionales. Esta *comparación* puede realizarse *entre sistemas jurídicos en su totalidad* (Derecho Español, Derecho Italiano), *entre sectores normativos específicos* (Derecho Civil, Derecho Constitucional), o incluso *entre instituciones jurídicas concretas* (extranjería, matrimonio, etc.) No cabe duda de que los avances tecnológicos y la complejidad creciente de nuestras sociedades, unido todo ello a los fenómenos globalizadores, hace cada día más necesaria la labor comparatista de esta disciplina, en especial en el marco del comercio internacional o el ámbito de los procesos regio-

nales de integración política y económica. En definitiva, el Derecho comparado cumple en la actualidad importantes funciones, tanto teóricas como prácticas.

- La labor de comparación y determinación de los aspectos comunes a diferentes ordenamientos constituye un apoyo importante para el adecuado *conocimiento* de la realidad jurídica en general, y, más concretamente, puede contribuir en el perfeccionamiento de los procesos de *interpretación y aplicación* del Derecho nacional.
- Resulta de utilidad como *instrumento de técnica legislativa*. El análisis de la legislación comparada proporciona sugerencias útiles a la hora de afrontar propuestas internas de reforma legislativa. Así, no es infrecuente encontrar alusiones al Derecho comparado en exposiciones de motivos o preámbulos de diversas disposiciones normativas.
- En ciertos espacios geográficos, el Derecho comparado cumple una importante *función político-jurídica*, contribuyendo especialmente en los cada vez más frecuentes procesos de armonización o unificación de las distintas legislaciones nacionales. Así, en este sentido y a modo de ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea cobran especial importancia las iniciativas destinadas a elaborar un marco integrador del Derecho europeo, no solamente en el ámbito del Derecho Privado (civil y mercantil), sino también, y muy singularmente, en el campo del constitucionalismo y el desarrollo de las libertades fundamentales.

2.3. *Teoría general del Derecho*

Del mismo modo que ocurre con la Dogmática Jurídica y el Derecho Comparado, el campo de actuación sobre el que se proyecta la *Teoría General del Derecho* lo constituyen las normas positivas vigentes[7]. Pero, como veremos enseguida, su objeto de estudio no se limita a un sistema jurídico o sector del mismo en particular, ni a la comparación del contenido de diferentes ramas u ordenamientos jurídicos. Surgida en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX como alternativa positivista a la Filosofía del Derecho[8], la diferencia fundamental con las disciplinas jurídicas particulares estriba en que se trata de un saber jurídico que por su carácter

[7] En este aspecto radica, como veremos más adelante, la diferenciación con la *Teoría del Derecho*, reflexión filosófica que trasciende los hechos jurídicos empíricos.

[8] Desde el momento de su nacimiento, su pretensión fue convertirse en una ciencia general del Derecho de base empírica, diferenciada de las ciencias jurídicas particulares y destinada a sustituir a una Filosofía jurídica considerada como anticientífica e inútil. Según la estricta mentalidad positivista, la Teoría General del Derecho era la única Filosofía del Derecho posible.

formal y conceptualista alcanza un mayor grado de generalidad. Efectivamente, partiendo de las normas positivas y de los materiales proporcionados por la Dogmática y el Derecho comparado persigue –mediante el adecuado procedimiento inductivo– la elaboración y el análisis de aquellos *conceptos jurídicos fundamentales* (norma, derecho subjetivo, relación jurídica, responsabilidad, sanción, etc.) que son comunes a las diversas ramas de un ordenamiento jurídico (Derecho Público, Derecho Privado), o a los distintos ordenamientos nacionales o regionales (Derecho alemán, Derecho europeo). Así pues, se trata de una disciplina con un mayor nivel de abstracción que la Dogmática Jurídica, puesto que se desentiende en gran medida del contenido material de las normas, de su evolución histórica o de las condiciones sociales y políticas que las rodean, para centrar su interés en la estructura formal de la experiencia jurídica y en la sistematización de los conceptos jurídicos básicos sobre los que descansa el Derecho positivo. En este sentido, concebida como una teoría general de la ciencia del Derecho, se sitúa en un plano superior a aquélla, en el nivel más elevado de la ciencia jurídica, y se suele decir que constituye la síntesis y coronación de la Dogmática.

2.4. *Sociología del Derecho*

Como vimos en el primer epígrafe, el Derecho es una realidad compleja que no se agota en su estructura normativa, lo que explica la aparición de otros modos distintos de aproximarse al fenómeno jurídico que se centran en su dimensión fáctica[9]. En este sentido, lo característico de esta disciplina es que no estudia el Derecho bajo el punto de vista interno del análisis normativo –propio de las ciencias jurídicas hasta aquí estudiadas– sino como un fenómeno social entre otros. La perspectiva de la *Sociología del Derecho* es, de alguna manera, exterior a las normas, ya que se proyecta sobre distintas realidades sociales que rodean al Derecho y que son ciertamente ineludibles para su entera comprensión. En un sentido muy general, podemos decir que la investigación sociológico-jurídica se encarga de estudiar lo jurídico como resultado de la interacción social. Dicho de otro modo, se ocupa de las recíprocas relaciones entre el Derecho y la sociedad: de la incidencia de diversos factores sociales en la creación, mantenimiento, modificación y desaparición del Derecho; y, a su vez, de las múltiples influencias que éste ejerce sobre la realidad social.

El campo temático de la *Sociología jurídica*, o, como tiende a llamarse, del *análisis sociológico del Derecho*, se extiende, entre otros, a los siguientes aspectos[10]:

---

[9] A pesar de ser legítima heredera de la mentalidad positivista, la Sociología del Derecho no se consagró como disciplina científica autónoma, con métodos propios y diferentes de la mera visión sociológica del Derecho, hasta el tránsito del siglo XIX al XX.

[10] De los dos primeros se trata extensamente en el capítulo 5.

- Característico de esta disciplina es el análisis funcional del Derecho, contemplado frecuentemente como instrumento de estabilidad social o de resolución de conflictos. Así, se estudiarán las diversas *funciones sociales* desempeñadas por el Derecho, tales como la función organizativa, persuasiva, promocional, distributiva, de legitimación del poder, de control social, etc. Con relación a este último, destaca el análisis del origen y consecuencias de las conductas desviadas, así como de la efectividad de las diferentes respuestas jurídicas.
- Es evidente que el objetivo de todo Derecho es regular las relaciones sociales de convivencia de tal manera que se produzca una observancia generalizada de sus mandatos; o, en otras palabras, todo ordenamiento jurídico pretende ser eficaz. La *eficacia social* del Derecho se convierte, así, en uno de los temas principales del análisis sociológico-jurídico, que estudiará tanto aquellos elementos que contribuyen a la eficacia del Derecho como las causas o factores de ineficacia jurídica.
- La *sociología de las profesiones jurídicas* constituye otro de los campos de investigación propios de esta disciplina. Se incluyen aquí todos los análisis acerca del comportamiento de los diversos operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, fuerzas del orden, etc.), los estudios sobre la actividad de la propia administración de justicia, o los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. Especial relevancia tienen los análisis de las decisiones judiciales y legislativas contempladas desde un punto de vista social.
- Es habitual afirmar que el Derecho va siempre por detrás de la realidad social, consolidando o consagrando sus principales manifestaciones, pero no se puede obviar que en ocasiones también se manifiesta como impulsor de transformaciones sociales. Es posible, en consecuencia, analizar el fenómeno jurídico como un importante factor de *cambio social*.

III. SENTIDO Y FUNCIÓN DE LA REFLEXIÓN FILOSÓFICA SOBRE EL DERECHO

1. La Filosofía del Derecho como disciplina autónoma

Se suele decir que el inicio de la filosofía se encuentra en el tránsito del mito al *logos*, en el paso de explicaciones o respuestas míticas, tradicionales y arbitrarias, a explicaciones lógicas y racionales de la realidad, datando dicho momento en nuestra cultura occidental en la antigua Grecia. En este sentido, la *reflexión filosófica sobre el Derecho* también ha sido una actividad constante desde la antigüedad, desde que los seres humanos comenzaron a cuestionarse racionalmente acerca del sentido y el valor de la normas de comportamiento que organizan y dirigen la convivencia

social[11]. Cosa distinta es la aparición en nuestra cultura jurídica del término *Filosofía del Derecho*, que si bien surge a finales del siglo XVIII no alcanza gran difusión hasta bien entrado el siglo XIX. Dicha denominación estaba llamada a sustituir a otra –tradicional y multisecular– que hasta ese momento englobaba los problemas filosófico-jurídicos: el Derecho Natural. Pero no se trata, como podría parecer a primera vista, de una cuestión meramente terminológica. El cambio es más profundo, puesto que es expresión del ocaso de la especulación metafísica sobre lo jurídico –propia de las doctrinas iusnaturalistas– y del nacimiento de nuevos problemas y nuevas metodologías positivistas que llevarán a la reflexión filosófico-jurídica a recaer exclusivamente sobre un material empírico-verificable, el Derecho positivo (recuérdese lo dicho páginas atrás sobre la Ciencia del Derecho Natural).

Dicho esto, es legítimo preguntarse por el sentido y la función que desempeña el pensamiento filosófico-jurídico, cuestión que, como es lógico, no se puede desvincular de la justificación de la Filosofía misma, entendida en sentido genérico. Máxime frente al prejuicio cientificista, cada vez más frecuente, que lleva tiempo anunciando la «muerte inminente» de una actividad –la filosófica– considerada en el mejor de los casos como una mera reiteración de los postulados científicos y, en el peor, como una disciplina estéril y carente de toda utilidad.

No podemos extendernos en las múltiples vertientes de un asunto ciertamente complejo, por lo que nos limitaremos a señalar aquella tarea irrenunciable de la Filosofía que la sitúa en terrenos en gran medida ajenos al conocimiento científico. Nos referimos, claro está, a su inherente *dimensión crítico-valorativa*, que se expresa tanto en la clarificación antidogmática del conocimiento, como, muy singularmente, en el estudio y, en su caso, fundamentación, de los valores que deben servir de criterio de orientación para la vida práctica. Como acertadamente señala Bobbio, «la ciencia es una toma de *posesión* de la realidad, mientras que la filosofía es una toma de *posición* frente a la realidad».

En este sentido, y ya en el marco del conocimiento jurídico, podemos decir que existen una serie de problemas cuyo abordaje y resolución no puede proceder de las ciencias jurídicas, y que, en consecuencia, justificarían plenamente la existencia de la Filosofía del Derecho. Mientras que el científico del Derecho tiende a circunscribir su reflexión en el Derecho que «es», en las normas positivas, el filósofo pretende ofrecer una concepción omnicomprensiva del fenómeno jurídico que se haga cargo de su entero desenvolvimiento, desde sus presupuestos sociales hasta su valoración crítica, pasando por su formalización normativa. En otras palabras, incumbe a la filosofía-jurídica un papel decisivo: no sólo el conocimiento y explicación del *ser* del Derecho sino también la determinación del *deber ser jurídico*, que incluirá todos

[11] Y, como sabemos, es en el marco del iusnaturalismo, de las doctrinas acerca del Derecho Natural, donde se han buscado durante muchos siglos las respuestas.

aquellos estudios acerca del Derecho justo, la tensión entre legalidad y legitimidad o el sentido y alcance de los derechos humanos.

En cualquier caso, aunque con métodos y objetivos distintos, la relación entre la Ciencia y la Filosofía del Derecho no debe plantearse en términos de antagonismo o exclusión, sino más bien de apoyo y complementariedad. El conocimiento filosófico no puede desarrollarse de espaldas a la experiencia o a las aportaciones de la ciencia, de la misma manera que el trabajo científico del jurista no debe obviar las repercusiones que indudablemente tienen las delimitaciones del ámbito jurídico, el esclarecimiento de la metodología científica, o el estudio y clarificación de los fines que inspiran al Derecho, realizadas todas ellas en sede filosófica.

2. Principales ámbitos de proyección de la reflexión iusfilosófica

La delimitación de los contornos temáticos de la Filosofía del Derecho no resulta una cuestión absolutamente pacífica, debido principalmente a la propia naturaleza de la reflexión filosófica, a su peculiar objeto de conocimiento y a la diversidad posible de posiciones doctrinales. No obstante, si tenemos en cuenta los campos de estudio que ha venido englobando tradicionalmente descubriremos que existe un acuerdo o consenso fundamental sobre el alcance de su contenido. Habitualmente se consideran como temas propios de la Filosofía del Derecho las respuestas que se ofrecen a estas tres preguntas: ¿qué es el Derecho?, ¿cómo se conoce el Derecho?, y ¿cómo debe ser el Derecho?, cuestiones que dan origen, respectivamente, a la *Teoría del Derecho*, a la *Teoría del conocimiento jurídico* y a la *Axiología Jurídica*. En definitiva, como veremos a continuación, las tres grandes cuestiones que, en un sentido amplio, resumen la indagación filosófica desde el pensamiento clásico griego –una reflexión sobre el conocer, el ser y el deber ser– se proyectan también sobre otros tantos sectores de la realidad jurídica.

2.1. *Teoría del Derecho*

Si, como acabamos de ver, la Filosofía del Derecho ha terminado configurándose con unos caracteres determinados que reflejan un consenso amplio acerca de los objetivos y contenidos que le son propios, no ocurre lo mismo con la *Teoría del Derecho*. En este sentido, por ejemplo, no faltan autores que consideran a esta última como la expresión y confirmación de un nuevo cambio de paradigma jurídico, que traerá como consecuencia la desaparición de la Filosofía jurídica tal y como la entendemos en la actualidad, sustituida por una Teoría del Derecho reducida al análisis del lenguaje jurídico. Para otros, no está clara su adscripción al campo del conocimiento científico o filosófico, con lo que quedan desdibujadas sus diferencias con la Teoría general del Derecho. En cualquier caso, creemos que es posible realizar un planteamiento esquemático del tema, suficientemente comprensivo y clarificador.

Según las opiniones más consolidadas, la *Teoría del Derecho* –también llamada en ocasiones *Ontología jurídica*– es aquella parte de la Filosofía jurídica que tiene por objeto el estudio del «ser» del Derecho, la determinación de un concepto unitario y global del mismo. No persigue, por tanto, saber *cómo es* el Derecho realmente existente, sino *qué es* lo jurídico, qué debe entenderse por Derecho en general, y lógicamente las respuestas variarán según las concepciones filosóficas sostenidas por cada autor. Así pues, podemos decir que se trata de una disciplina preliminar, en la medida en que procede a delimitar el objeto de conocimiento sobre el que va a recaer la reflexión iusfilosófica.

Lo fundamental es que en esta búsqueda del «ser del Derecho» la reflexión se va a situar en un plano distinto al de las ciencias jurídicas, ya que éstas parten de un objeto dado y claramente delimitado –el Derecho vigente-, y sus respuestas, en consecuencia, vendrán determinadas por la función de interpretación y exposición sistemática del mismo, así como por el objetivo de facilitar la praxis jurídica. Por el contrario, la Teoría del Derecho, como disciplina filosófica que es, trascenderá los hechos jurídicos empíricos –sean fácticos o normativos– en su labor de problematización crítica, analizando el propio proceso de conversión de la realidad jurídica en objeto de conocimiento. Lo cual exige no limitarse a un análisis estructural o formal del fenómeno jurídico, sino también observar todas aquellas implicaciones sociales y políticas que influyen en la fundamentación del Derecho. Se trata, en definitiva, de alcanzar una comprensión totalizadora del sentido que corresponde atribuir al Derecho, a cualquier Derecho, en el marco de la realidad humana y social, lo que no excluye la confrontación racional de diversas concepciones jurídicas ni el apoyo en las diferentes ciencias, aunque siempre trascendiendo esas perspectivas estrictamente científicas.

Naturalmente, el contenido temático de la disciplina incluirá todas aquellas cuestiones que ayuden a determinar el concepto de Derecho:

- La diferenciación respecto de *otros órdenes normativos*, como la moral o los usos sociales, y la investigación de sus posibles relaciones, con el objetivo de determinar sus características propias.
- El análisis del problema de la *validez jurídica*, sus criterios de identificación, así como sus relaciones con la eficacia o la legitimidad.
- El examen de las distintas *manifestaciones del Derecho*, las normas y principios, su estructura y naturaleza, los conceptos jurídicos fundamentales, así como el estudio del sistema jurídico en su conjunto.
- El estudio de los problemas que plantea la *realización del Derecho*, singularmente las cuestiones de interpretación, aplicación y argumentación jurídica[12].

[12] Como se puede observar, todos los aspectos señalados son tratados extensamente en las dos primeras unidades didácticas.

2.2. *Teoría del conocimiento jurídico*

La *Teoría del conocimiento jurídico* (o Epistemología Jurídica) se plantea el problema de las condiciones de posibilidad del conocimiento jurídico y sus diversas manifestaciones. Por tanto, como reflexión crítica previa a los procesos cognoscitivos analizará todos aquellos procedimientos intelectuales que adoptan los juristas en su labor de aprehensión de la realidad jurídica. Hoy en día, y por influjo del iuspositivismo, se suele denominar *Teoría de la Ciencia Jurídica*, lo que implica ya una determinada concepción del conocimiento, la que sostiene que su forma idónea –la única válida– es la que proviene de la aplicación de los métodos científicos, es decir, de las ciencias del Derecho. En cualquier caso, se cuestione o no, se trata de una disciplina que debe interrogarse sobre el carácter científico de la labor de los juristas, analizando los problemas epistemológicos, lógicos y metodológicos que plantea su actividad, cuestión que lógicamente sólo puede abordarse desde el exterior de la misma, desde un plano filosófico[13]. Y ello con una perspectiva crítica fundamental que trasciende lo meramente descriptivo – recordemos que la Teoría de la ciencia no es ciencia, sino reflexión filosófica-, y que incluirá siempre aquellas valoraciones sobre el conocimiento jurídico que procuran orientar, fundamentar y prescribir los métodos más adecuados para conocer la realidad del Derecho.

En definitiva, la Teoría del conocimiento jurídico consiste en la reflexión crítica tanto sobre la Ciencia del Derecho como sobre la concreta actividad científica propia de los juristas, por lo que entre sus temas de estudio destacarán el análisis de los componentes específicos del conocimiento jurídico (metodología, lógica jurídica, problemas de naturaleza y eficacia de la argumentación), así como la cuestión de su posición dentro del panorama actual de las disciplinas científicas y su relación con el resto de las ciencias sociales.

2.3. *Axiología Jurídica*

Recapitulando cuestiones ya explicadas, podemos recordar que el Derecho positivo en su aspecto formal constituye el objeto de la Teoría general del Derecho, mientras que de su aspecto material se ocupan las diferentes ciencias jurídicas particulares. En relación con el contenido de la Filosofía del Derecho, hemos dado cuenta también de aquellas disciplinas que responden a dos preguntas esenciales: qué es el Derecho (Teoría del Derecho), y cómo se puede conocer (Teoría de la ciencia jurídica). Son saberes, todos ellos, indispensables en la tarea de alcanzar un conocimiento

[13] Resulta evidente que la ciencia no puede ocuparse en cuestionar los mismos postulados sobre los que se asienta.

riguroso de la realidad jurídica, pero es evidente que no pueden agotar sus posibilidades puesto que, en términos generales, no ofrecen criterios que sirvan para enjuiciar críticamente el contenido mismo del Derecho positivo. En otras palabras, no responden a la última pregunta, *cómo debería ser el Derecho*.

Efectivamente, el Derecho –como toda realidad humana– no es neutral, pretende siempre el cumplimiento de ciertos fines y la realización de determinados *valores*. Se trata de una cuestión trascendental que no puede ser olvidada por los saberes jurídicos y que se convierte en objeto principal de una disciplina concreta, para muchos la rama más importante de la Filosofía del Derecho, la *Axiología Jurídica*[14].

Su objetivo, por tanto, se va a situar en el estudio del *deber ser* del Derecho, en el análisis crítico-valorativo del mismo, que incluirá la discusión racional acerca de la efectiva implantación de los distintos *valores jurídicos* que los ordenamientos pretenden proteger (Derecho positivo), así como de aquellos valores a cuya realización debe tender cualquier sistema jurídico (Derecho ideal).

Como es lógico, entre dichos valores jurídicos merece un lugar destacado el valor de la justicia, como criterio fundamental de legitimación y crítica del Derecho, lo que explica que la propia disciplina sea también conocida como *Teoría de la Justicia*. Es precisamente el eterno problema de las relaciones entre Derecho y justicia, la multisecular tensión entre legalidad y legitimidad, lo que constituye la prueba de las dificultades a las que se enfrenta la disciplina. A pesar de su radical importancia para la vida social, nadie puede negar que los valores no pueden ser objeto de conocimiento científico, que en cada sociedad, en cada cultura, dentro de cada etapa histórica, han existido y existen ideas de justicia diferentes. No se puede negar, al fin y al cabo, el carácter emotivo que encierra la noción misma, pero tampoco parece acertado, como hacen algunos, calificarla como un «ideal irracional» y, por tanto, inaccesible al conocimiento[15]. Reconoceremos, en consecuencia, que es viable la reflexión filosófica acerca de la justicia y que son posibles las argumentaciones racionales sobre el Derecho justo, eso sí, alejadas en todo momento de posturas absolutas y dogmáticas y, por ello, siempre provisionales e inescindibles de los procesos sociales y los fenómenos humanos colectivos.

Para finalizar, hay que subrayar que entre los cometidos de la Axiología Jurídica destaca singularmente en la actualidad el estudio sistemático de los *derechos humanos*, pues no en vano pretenden plasmar y proteger valores tan importantes como la libertad, la igualdad, la autonomía o la dignidad de la persona.

---

[14] De todas estas cuestiones se trata en la Unidad Didáctica III, «La legitimación ética del Derecho».

[15] Alf Ross sostenía que la idea de justicia no es más que una expresión emocional: «invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa». Y Kelsen, en su afán por construir una ciencia jurídica pura, niega toda posibilidad de una teoría racional de la justicia: «En rigor, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia».

Referencias bibliográficas

BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1980.
DÍAZ, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, ED. Taurus, Madrid, 1984.
ESCALONA MARTÍNEZ, Gaspar y SANZ BURGOS, Raúl, «La diversificación sistemática del ordenamiento jurídico», en VV.AA., *Introducción a la Teoría del Derecho*, UNED, 2010.
KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1998.
PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Ed. Mergablum, Sevilla, 1998.
ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1997.
SORIANO, Ramón, *Sociología del Derecho*, Ed. Ariel, Madrid, 1997.

Ejercicios de autoevaluación

1. Relacione los saberes sobre el Derecho con las dimensiones básicas del mismo.
2. ¿En qué sentido se puede hablar en la actualidad de un *conocimiento científico del Derecho*?
3. ¿Cuál es la función que corresponde desempeñar al Derecho comparado?
4. La Sociología del Derecho se centra en explicar: a) la estructura formal de los enunciados normativos; b) las relaciones entre Derecho y sociedad; c) el contenido material de las normas jurídicas; d) los valores jurídicos fundamentales en una sociedad dada.
5. Señale las diferencias fundamentales entre Teoría del Derecho y Teoría General del Derecho.
6. ¿La Teoría del conocimiento jurídico forma parte de las disciplinas científicas? Razone la respuesta.
7. ¿Qué manifestación del conocimiento jurídico tiene la misión de explicar la dimensión valorativa del Derecho?
8. ¿Cuáles son las tres preguntas fundamentales a las que responde la Filosofía del Derecho?
9. Comente esta frase de Alf Ross: «Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto».

UNED

EDITORIAL UNIVERSITAS, S.A.

I.S.B.N.: 978-84-7991-473-8